

**Die Einschränkung der Verwaltungsfreiheit
der Ehegatten im Güterstand
der Zugewinnngemeinschaft**

Erlangen

von

Christine Glum
aus Berlin

1961 № 103

E-N

Die Einschränkung der Verwaltungsfreiheit der Ehegatten
im Güterstand der Zugewinngemeinschaft

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät

der Friedrich - Alexander - Universität
zu Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von
Christine Elisabeth G l u m
aus Berlin

Approbiert am :
10. Juli 1961



Referent: Professor Dr. K. H. Schwab

Dekan : Professor Dr. L. Schnorr v. Carolsfeld

Inhaltsverzeichnis

Einführung:

- § 1 Die Einschränkung der Verwaltungsfreiheit
zum Schutz familiärer Interessen. S.1

Erster Teil.

Die Einschränkung der Verwaltungsfreiheit durch § 1365 BGB.
(die Voraussetzungen des § 1365)

I. Kapitel:

Auslegungsfragen. S.5

§ 2: Der Zweck des § 1365

I. Die verschiedenen Ansichten

- 1) Die Gesetzesmaterialien
- 2) Schrifttum und Rechtsprechung

II. Die sich aus dem Gesetz selbst ergebenden
Grundgedanken

§ 3: Die zur Auslegung des § 1365 heranzuziehenden
Bestimmungen S. 11

I. § 311 BGB

II. § 1822 Ziff. 1 BGB

III. Die §§ 1444 a. F. und 1423 n. F. BGB

- 1) § 1444 a. F.
- 2) § 1423 n. F.

IV. § 419 BGB

II. Kapitel:

Der Begriff "Vermögen im ganzen". S.20

§ 4: Der Begriff "Vermögen" S.20

I. Die Bestimmung der zum Vermögen gehörenden
Aktivwerte

- 1) Welche Rechte gehören zum Vermögen?
- 2) Geringwertige Gegenstände
- 3) Einzelne Gegenstände

II. Das Verhältnis der Aktiven und Passiven

- 1) Arten der Vermögensbegriffe und

ihre Verwendung im geltenden Recht.

2) Der in § 1365 maßgebende Vermögensbegriff

§ 5: Der Begriff "Vermögen im ganzen"

S. 3

I. Das wesentliche Vermögen

1) Begründung

2) Der Begriff des wesentlichen Vermögens

II. Der Bruchteil des Vermögens

1) Die verschiedenen Ansichten

2) Die Heranziehung der §§ 311 und 1444 a. F.

3) Ablehnung der Ausweitung des § 1365 auf den Bruchteil des Vermögens.

III. Kapitel:

Der Begriff Verfügung über das Vermögen im ganzen

§ 6: Grundsätzliches zum Begriff Verfügung in § 1365 S

I. Die Unterscheidung der Begriffe Erfüllen, Verwalten und Verfügen in § 1365.

1) Die verschiedenen Ansichten

2) Die Begründung aus dem Gesetz

II. Der Begriff Verfügung im allgemeinen

III. Grundlegende Gesichtspunkte für die Erarbeitung des Begriffes Verfügung über das Vermögen im ganzen

IV. Die Bedeutung des Entgelts

1) Die verschiedenen Ansichten

2) Die eigene Ansicht

V. Der Abschluß mehrerer Verpflichtungsgeschäfte

1) Klarstellung des Problems

2) Die Behandlung des Problems in Schrifttum und Rechtsprechung

3) Bejahung der Ansicht von Pikalo

VI. Zusammenfassendes Ergebnis

§ 7: Einzelne Arten der Verfügungen

S.51

I. Die Übertragungsgeschäfte

II. Die Belastungen

- 1) Die Belastung von Gegenständen im allgemeinen
 - a) Die verschiedenen dinglichen Rechte
 - b) Die Höhe der Belastung bei Verwertungsrechten
- 2) Besondere Einzelfälle
 - a) Die Eigentümergrundschild
 - b) Die Kaufpreisresthypothek
- 3) Zusammenfassung

III. Die Aufhebung eines Rechtes

- 1) Die Aufhebung von dinglichen Rechten
- 2) Die Aufhebung von Forderungsrechten
- 3) Die Aufhebung von Erbrechten

§ 8: Fragen der Gemeinschaftsverhältnisse

S.69

I. Die Bildung von Gemeinschaftsverhältnissen

- 1) Die Gründung einer Gesellschaft
- 2) Die Gründung einer Gemeinschaft

II. Die Beendigung von Gemeinschaftsverhältnissen

- 1) Die Beendigung von Gesellschaftsverhältnissen
 - a) Das Ausscheiden eines Gesellschafters
 - b) Die Auflösung der Gesellschaft
- 2) Die Beendigung einer Bruchteilsgemeinschaft
 - a) einer auf Grund Rechtsgeschäfts entstandenen Bruchteilsgemeinschaft
 - b) einer kraft Gesetzes entstandenen Bruchteilsgemeinschaft
- 3) Die Beendigung der Miterbengemeinschaft

§ 9: Prozeßhandlungen

S.82

I. Prozeßhandlungen mit verfügungsähnlicher Wirkung

- 1) Anerkenntnis und Verzicht
- 2) Prozeßvergleich

II. Prozeßhandlungen, die zur Herbeiführung einer Rechtsänderung erforderlich sind.

- 1) Klage auf Aufhebung einer Gemeinschaft
- 2) Antrag auf Teilungsversteigerung
- 3) Die Auflösungsklage bei der OHG und KG

§ 10: Ergebnis des III. Kapitels

S.94

IV. Kapitel:

Die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten. S.96

§ 11: Die zu anderen Bestimmungen entwickelten Lehren S.96

I. Die Rechtsprechung des BGH zu § 1822 Ziff 1. BGB

II. Die Rechtsprechung des RG zu § 1444 a. F. BGB

III. Die zu § 419 BGB entwickelten Lehren

- 1) Die objektive Theorie
- 2) Die subjektive Theorie
- 3) Die objektiv-subjektive Theorie
- 4) Beurteilung der in § 419 entwickelten Theorien

§ 12: Die Analogiefähigkeit dieser Lehren auf § 1365 S.102

I. Die Rechtsprechung des BGH zu § 1822 Ziff 1 BGB

II. Die Rechtsprechung des RG zu § 1444 a. F. BGB

III. Die zu § 419 BGB entwickelten Theorien

- 1) Die subjektive Theorie
- 2) Die objektiv-subjektive Theorie
- 3) Die objektive Theorie
- 4) Ablehnung der subjektiven Theorien

§ 13: Die sogenannte "Eigenschaftstheorie"

S.112

I. Darlegung der Eigenschaftstheorie

II. Kritik

§ 14: Ergebnis des IV. Kapitels

S.114

V. Kapitel:

Der durch § 1365 gebundene Personenkreis	S.117
§ 15: Der Testamentsvollstrecker	S.117
§ 16: Die Vermögensverwalter	S.119
I. Der Konkursverwalter	
1) § 13 KO	
2) Die Lösung des Problems	
II. Der Nachlaßverwalter	
§ 17: Ergebnis des V. Kapitels	S.125

VI. Kapitel:

Der Zeitpunkt des Eintritts der Verwaltungsbeschränkung.	S.127
§ 18:	
I. Rechtsgeschäfte vor Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes	
1) Die verschiedenen Ansichten	
2) Bedürfen in § 1365 beide Rechtsgeschäfte der Zustimmung?	
3) Die Lösung des Problems	
II. Rechtsgeschäfte vor der Heirat	
III. Rechtsgeschäfte vor Änderung des Güterstandes	

Zweiter Teil

Die Einschränkung der Verwaltungsfreiheit durch § 1369 BGB
(Die Voraussetzungen des § 1369)

I. Kapitel:

Auslegungsgrundsätze	S.135
§ 19 Der Zweck des § 1369	S.135
I. Die verschiedenen Ansichten	
II. Kritik und Feststellung der eigenen Ansicht	

§ 20: Der Begriff "Hausratsgegenstände" in anderen Bestimmungen

S.14

I. "Sachen des gemeinschaftlichen Haushalts" in § 1361 a. F. BGB

II. "Hausratsgegenstände" in § 1 HausratsVO.

III. Gegenstände des ehelichen Haushalts in § 1932 BGB

IV. Zusammenfassung

II. Kapitel:

Der Begriff: "Gegenstände des ehelichen Haushalts" S.

14

§ 21: Die ehelichen Verhältnisse

S.1

I. Die Anwendung des § 1369 bei ungewollter Trennung

II. Die Anwendung des § 1369 bei gewollter Trennung

1) wenn noch keine Auseinandersetzung gem. § 1361 a BGB stattfand

2) wenn bereits eine Auseinandersetzung gem. § 1361 a stattgefunden hat.

3) Zum Zwecke der Trennung angeschaffte Gegenstände.

§ 22: Der Begriff "Haushaltsgegenstände".

S.1

I. Gebrauchsgegenstände

II. Gegenstände des persönlichen Gebrauchs oder der Erwerbstätigkeit

III. Luxusgegenstände

IV. Gegenstände, die nur teilweise oder nicht mehr dem Zusammenleben der Ehegatten dienen

V. Zusammenfassung.

§ 23: "Gegenstände" des ehelichen Haushalts

S.

I. Der Begriff "Gegenstände" im juristischen Sinn

II. Rechte als Gegenstände des ehelichen Haushalts

1) Das Anwartschaftsrecht an unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sachen

2) Versicherungs- und Schadenersatzansprüche

3) Dingliche Herausgabeansprüche

4) Schuldrechtliche Ansprüche aus einem Kaufvertr

III. Zusammenfassung

§ 24: Die Eigentumsverhältnisse S.154

I. Verfügungen über Gegenstände, die dem nicht verfügenden Ehegatten gehören

1) Gegenstände, die im Miteigentum der Ehegatten stehen

2) Gegenstände, die im Alleineigentum des nicht verfügenden stehen

II. Gegenstände, die einer dritten Person gehören

III. Kapitel:

Gemeinsame Probleme der §§ 1365 und 1369 S.160

§ 25: Der Begriff "Verfügung" über Gegenstände des ehelichen Haushalts S.160

§ 26: Die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten S.161

I. Die analoge Anwendung der subjektiven Theorie auf § 1369

II. Die Anwendung der sogenannten "Eigenschaftstheorie" auf § 1369

§ 27: Der an § 1369 gebundene Personenkreis S.161

I. Die Vertreter des Ehegatten

II. Der Testamentsvollstrecker und Nachlaßverwalter

III. Der Konkursverwalter

IV. Zusammenfassung

§ 28: Der Zeitpunkt des Eintritts der Verwaltungsbeschränkung S.165

Dritter Teil

Die Rechte des anderen Ehegatten

I. Kapitel:

Das Zustimmungsrecht S.168

§ 29 Der Inhalt des Zustimmungsrechts S.169

- I. Die Begrenzung des Zustimmungsrechtes durch die zu wahrenen Interessen der Familie
- II. Das Zustimmungsrecht als Mitwirkungsrecht

§ 30: Die Ausübung des Zustimmungsrechtes

S. 170

- I. Besonderheiten bei der Genehmigung von Verträgen
 - 1) Bei Auflösung der Ehe durch Tod eines der Ehegatten
 - a) bei Tod des verfügenden Ehegatten
 - b) bei Tod des nicht verfügenden Ehegatten
 - 2) Bei Auflösung der Ehe durch Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung
 - 3) Bei Eintritt der Gütertrennung
 - a) durch Urteil, in dem auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns erkannt ist
 - b) durch Vereinbarung der Gütertrennung
- II. Die Abgabe der Zustimmungserklärung
 - 1) Die Anwendung der §§ 182 ff. BGB
 - 2) Die analoge Anwendung der Lehren über die Anscheins- und Duldungsvollmacht
 - 3) Die Zustimmung des minderjährigen Ehegatten
 - 4) Zusammenfassung

II. Kapitel:

Die Prozeßführungsbefugnis

S. 170

§ 31: Auslegungsgrundsätze

S. 170

- I. Der Zweck des § 1368
- II. Die zur Auslegung des § 1368 heranzuziehenden Bestimmungen
 - 1) § 1407, Ziff. 3 a. F. BGB
 - 2) Die §§ 1449 a. F. und 1428 n.F. BGB
 - 3) § 1380 a. F. BGB

§ 32: Die Voraussetzungen des § 1368

S. 18

- I. Der Abschluß des Verfügungsgeschäfts
- II. Fragen des Verkehrsschutzes
 - 1) Der Schutz des guten Glaubens an die Verfügungsmacht im geltenden Recht
 - 2) § 135^{II} BGB

- 3) § 892 I² BGB
- 4) § 366 HGB
- 5) Der Zweiterwerb

§ 33: Die Rechtsnatur des Prozeßführungsrechtes des
anderen Ehegatten S.188

I. Die verschiedenen Ansichten

II. Begründung der eigenen Ansicht

- 1) Prozeßstandschaft und eigenes Klagerecht
- 2) Die materiellen Rechte des Ehegatten
- 3) § 1368, ein Fall der gesetzlichen Prozeßstandschaft

§ 34: Der Inhalt des Prozeßführungsrechtes des anderen
Ehegatten S.191

I. Die Formen der gerichtlichen Geltendmachung

II. Der Inhalt des Klageantrages

- 1) Die Ansichten zu den §§ 1380, 1449 a. F.
und 1428 n. F.
- 2) Die Ansichten zu § 1368
- 3) Die Problematik der Fragestellung und der
Versuch einer Lösung
 - a) Die Problematik
 - b) Heranziehung der zu § 265 ZPO entwickelten
Theorien
 - c) Lösung des Problems

III. Die Art und Weise der Prozeßführung

- 1) Die Rechte des anderen Ehegatten bei der
Führung des Rechtsstreites
 - a) Klageverzicht
 - b) Prozeßvergleich
- 2) Die Rechte des Vertragspartners des ver-
fügenden Ehegatten

IV. Die Frage der Rechtskrafterstreckung

§ 35: Die Rechte des anderen Ehegatten bei schon bestehen-
der Prozeßführung des verfügenden Ehegatten S.206

I. Die Frage der Rechtskrafterstreckung

- 1) Ablehnung der Rechtskrafterstreckung
- 2) Möglichkeiten zum Schutz des Vertragspartners

- a) Streitverkündung?
- b) Feststellungsklage gegenüber dem nicht verfügenden Ehegatten?
- c) Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den anderen Ehegatten?

II. Die Einrede der Rechtshängigkeit

III. Die Teilnahme des anderen Ehegatten am Prozeß des verfügenden Ehegatten

- 1) als Streitgenosse
- 2) als Nebenintervenient

Schluß:

§ 36: Überprüfung der gewonnenen Ergebnisse im Hinblick auf den Grundsatz der Verwaltungsfreiheit der Ehegatten.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

I. Lehrbücher, Kommentare und Monographien

- Achilles-Greif, BGB, 21. Aufl. Berlin 1958
- Bade, Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes (§§ 1365, 1369) für die Übergangszeit und bei Änderung des Personenstandes zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, NJW 58, 1957 ff
- Bärmann Johannes, Das neue Ehegüterrecht, AcP 157, 145 ff
- Bärmann Johannes, Kritik am neuen Güterrecht, JZ 58, 225 ff
- Bartholomeyczik Horst, Erbrecht, 4. Aufl. München und Berlin 1959
- Baumbach Adolf - Lauterbach Wolfgang, Zivilprozeßordnung, 19. Aufl. München und Berlin 1950 und 22. Aufl. 1954
- Baumgärtel Gottfried, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, Berlin 1957
- Baur Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin 1960
- Baur Fritz, Zwangsvollstreckungs- und konkursrechtliche Fragen zum Gleichberechtigungsgesetz, FamRZ 58, 252 ff
- Baur Fritz, Zweifelhafte Genehmigungsfälle nach KRG 45, DNotZ 51, 310 ff
- Baur Fritz, Rezension zu Erman-Finke "Gleichberechtigungsgesetz" JZ 58, 228
- Beitzke Günther, Familienrecht 5. Aufl. München und Berlin 1956 und 9. Aufl. 1960
- Beitzke Günther, Referenten-Schrifttum zum Gleichberechtigungsgesetz, FamRZ 58, 166 ff
- Beitzke Günther, Gesellschaftsvertrag und güterrechtliche Verfügungsbeschränkungen, Betr. 61, 21 ff
- Bergenroth, Enthält § 419 BGB einen subjektiven Tatbestand?, MDR 53, 140 ff
- Berges A.M., Das neue eheliche Güterrecht, KTS 58, 65 ff

- Bibergeil Kurt, Vermögensübernahme, Halle a.d.S., Leipzig und Berlin 1931
- Blomeyer Arwed, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt a.M. 1957
- Bobrowsky, Die Verfügungsbeschränkung über ehelichen Hausrat, RpfL. 59, 117 ff
- Böhle-Stamschräder, Konkursordnung, 5. Aufl. München und Berlin 1958
- Boehmer Gustav, Einige Fragen zu der sog. Vinkulierung des Hausrats in § 1369 BGB n.F., FamRZ 59, 1 ff
- Boehmer Gustav, Ergänzende Bemerkungen zu der sog. Vinkulierung des Hausrats in § 1369 BGB n.F., FamRZ 59, 81 ff
- Boesebeck Ernst, Gefährdung von Gesellschaftsverträgen durch Zugewinnngemeinschaft, Betr. 58, 1147 ff
- Bonin Paul v., Der Prozeßvergleich unter besonderer Berücksichtigung seiner personellen Erstreckung, Stuttgart 1957
- Bosch F. W., Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz (GlbG), FamRZ 57, 189 ff
- Bosch F. W., Freiheit und Bindung im neuen deutschen Familienrecht, FamRZ 58, 81 ff
- Bosch F. W., Das neue Ehevermögensrecht, insbesondere das Ehegüterrecht - Grundlinien und Hauptprobleme -, FamRZ 58, 289 ff
- Bosch F. W., Anmerkung zu LG Bielefeld (FamRZ 58, 468 ff), FamRZ 58, 469 ff
- Bosch F. W., Anmerkung zu LG Darmstadt (FamRZ 59, 240 ff), FamRZ 59, 240
- Bosch F.W., Rezension zu Reinhard-Müller Kommentar zum ZVG 9. Aufl., FamRZ 59, 512 ff
- Breetzke, Anmerkung zu OLG Hamm, NJW 60, 1466
- Bünthe Gerhard, Relevanz- und Irrelevanztheorie, Diss. Erlangen 1959
- Cuntz Max Ernst, Rechtsgeschäfte mit einem Ehegatten, der in Zugewinnngemeinschaft lebt, BB 58, 1226 ff
- Eiselt Gerhard, Die Bedeutung des § 1365 für Gesellschaftsverträge, JZ 60, 562 ff
- Eißer Georg, Die Anerkennung der Persönlichkeit der Ehefrau im neuen Eherecht, FamRZ 59, 177 ff

- Enneccerus Ludwig - Nipperdey Carl, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Hb., 15. Aufl. Tübingen 1959
- Enneccerus Ludwig - Nipperdey Hans Carl, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Hb., 15. Aufl. Tübingen 1960
- Enneccerus Ludwig - Lehmann Heinrich, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958
- Enneccerus Ludwig - Kipp Theodor - Wolff Martin - Raiser Ludwig, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 10. Aufl. Tübingen 1957
- Enneccerus Ludwig - Kipp Theodor - Wolff Martin, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Das Familienrecht, 4. Aufl. Marburg 1923
- Enneccerus Ludwig - Kipp Theodor - Wolff Martin - Coing Hellmut, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erbrecht, 11 Aufl. Tübingen 1960
- Eppig Brigitte, Verwaltungsbeschränkungen und Verkehrsschutz bei der Zugewinnngemeinschaft, Diss. München 1959
- Erman Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Aufl., Münster/Westf 1952
- Erman Walter - Goerke Heinz, Gleichberechtigungsgesetz, Nebendband zum BGB-Kommentar, Münster/Westf 1958
- Esser Josef, Lehrbuch des Schulrechts, 2. Aufl. Karlsruhe 1960
- Finke Franz Josef, Das künftige eheliche Güterrecht. JR 57, 161 ff
- Finke Franz Josef, Erläuterungen zum GlberG (II), MDR 57, 514 ff
- Fischer Robert, Kollision zwischen Gesellschaftsrecht und ehelichem Güterrecht, NJW 60, 937 ff
- Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, Münster 1948
- Förster - Eccius, Deutsches Privatrecht Bd. I, 7. Aufl. Berlin 1896
- Frank Adolf, Kein Gutglaubensschutz nach dem Gleichberechtigungsgesetz?, NJW 59, 135 ff
- Gaupp - Stein, Kommentar zur ZPO, 10. Aufl. Tübingen 1911
- Haegeler Karl, Die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen bei Zugewinnngemeinschaft im Grundstücksverkehr, RpfL. 59, 4 ff

- Haegele Karl, Nochmals: die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen nach § 1365 BGB bei Zugewinnsgemeinschaft Rpfl. 59, 242 ff
- Haegele Karl, Das eheliche Güterrecht nach Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes, Rechtsarchiv der Wirtschaft Juli 1958
- Hartung Wolfgang, Der Schutz des guten Glaubens bei den Verfügungsbeschränkungen des Gleichberechtigungsgesetzes, NJW 59, 1020 ff
- Henckel Wolfram, Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung, ZJP 70, 448 ff
- Hoche Ulrich, Anmerkungen zu LG Detmold (NJW 58, 1729 ff) NJW 58, 2069
- Jaeckel-Güthe Georg, Jaeckels Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 7. Aufl. Berlin
- Jaeger Ernst - Lent Friedrich, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen 1. Bd., 8 Aufl. Berlin 1958
- Kamnitzer Bernhard - Bohnenberg Heinrich, Gleichberechtigungsgesetz und Bürgerliches Gesetzbuch, Köln und Berlin 1958
- Knur Alexander, Zugewinnsgemeinschaft, Ehevertrag und Verfügungen von Todes wegen, DNotZ 57, 451 ff
- Koeniger Hans, Der Schutz der Familie in der Zugewinnsgemeinschaft, DRiZ 59, 372 ff
- Kohler Josef, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1906
- Krüger Hildegard - Breetzke Ernst - Nowack Kuno, Gleichberechtigungsgesetz Kommentar, München und Berlin 1958
- Kuhnt G., Die Regelung des Hausrat nach der Ehescheidung, AcP 150, 130 ff
- Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. München und Berlin 1960
- Laue Werner, Vermögen im Sinne des § 419 BGB, AcP 140, 64 ff
- Lehmann Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Aufl. Berlin 1960
- Lehmann Heinrich, Deutsches Familienrecht, 3. Aufl. Berlin 1960
- Lent Friedrich, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. München und Berlin 1959
- Lent Friedrich, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 8. Aufl. München und Berlin 1960

- Lent Friedrich, Sachenrecht, 8. Aufl. München und Berlin 1960
- Lent Friedrich, Die notwendige und die besondere Streitgenossenschaft, IuJ 90, 27 ff
- Lent Friedrich, Das Klagverzicht, DRZ 48, 9 ff
- Lent Friedrich, Die rein prozessuale Bedeutung des Anerkenntnisses, Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg S. 123 ff, München und Berlin 1949
- Lorenz Werner, Die Verfügungsbeschränkungen im Rahmen der Zugewinnngemeinschaft, JZ 59, 105 ff
- Lüthgen Heinz, Die Bedeutung des neuen ehelichen Güterrechts in einigen gesellschafts- und erbrechtlichen Fragen, GmbH Rsch. 57, 165 ff
- Massfeller F., Das Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes Teil II: Die Zugewinnngemeinschaft, Betr. 57, 499 ff
- Massfeller F. - Reinicke D., Das Gleichberechtigungsgesetz, Köln und Berlin 1958
- Mentzel Franz - Kuhn Georg, Kommentar zur Konkursordnung, 6. Aufl. Berlin und Frankfurt a.M. 1955
- Merdsche Fritz, Anmerkung zu LG Detmold (NJW 58, 1729 ff), NJW 58, 1729 ff
- Meyer-Stolte Klaus, Vinkulierung der Gesamtvermögensgeschäfte. Auswirkungen des § 1365 BGB n.F. auf das Grundstücksrecht, FamRZ 59, 228 ff
- Meyer-Zöller Richard, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 9. Aufl. München 1958
- Müller-Freienfels Wolfram, Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes, JZ 57, 685 ff
- Ni-kisch Arthur, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. Tübingen 1952
- Obermüller Walter, Einzelfragen der Geschäftspraxis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes BB 58, 535 ff
- Pagenstecher Max, Die praktische Bedeutung des Streites über das Wesen der Rechtskraft
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. München und Berlin 1953 und 19. Aufl. 1960
- Petermann Gerhard, Die Vinkulierung des Hausrats bei der Zugewinnngemeinschaft (§ 1369 BGB n.F.), RpfL. 60, 33 ff
- Pikalo Alfred, Der Einfluß des Güterstandes auf das Landwirtschaftsrecht, RdL 58, 281 ff

- Planck, Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV.
Bd. 1 Hälfte, Familienrecht (§§ 1297-1588), 4. Aufl.
Berlin und Leipzig 1928
- Pohle Rudolf, Zur Vollstreckung bei Allein- oder Mitbewahrksam
des Ehegatten des Schuldners, MDR 54, 705 ff
- Raape Leo, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen
Gesetzbuchs, Berlin 1908
- Radbruch Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft,
9. Aufl. Stuttgart 1958
- Reichsgerichtsrätekommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit
besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung
des RG und des BGH, 8. Aufl. Berlin und Leipzig
1935 und 10./11. Aufl. Berlin 1953 - 1960
- Reinhard Paul - Müller Hans - Dassler Gerhard - Schiffhauer Horst
Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz,
9. Aufl. Stuttgart 1958
- Reinicke D., Rechtsprechung zu BGH v. 28. 1. 57 DNotZ 57,
505 ff
- Reinicke D., Zum neuen ehelichen Güterrecht, NJW 57, 889 ff
- Reinicke D., Verwaltungsbeschränkungen im gesetzlichen Güter-
stand der Zugewinnngemeinschaft, BB 57, 564 ff
- Reinicke D. - Schwarzhaupt E., Die Gleichberechtigung von Mann und
Frau nach dem Gesetz vom 18. Juni 1957, Stutt-
gart 1957
- Reithmann Christoph, Schutz des Rechtsverkehrs bei Geschäften
mit verheirateten Personen, DNotZ 61, 3 ff
- Riedel Fritz, Die Rechtsprechung in Grundbuchsachen, JZ 59,
597 ff
- Rittner Fritz, Handelsrecht und Zugewinnngemeinschaft (I):
Die Bedeutung des § 1365 BGB im Handelsrecht,
FamRZ 61, 1 ff
- Rosenberg Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts,
5. Aufl. München und Berlin 1951 und 8. Aufl. 1960
- Rospatt R., Zur Vermögensübernahme nach § 419, JR 34, 49 ff und
61 ff
- Schlegelberger, Handelsgesetzbuch 3. Aufl. Berlin und Frank-
furt a.M. 1955
- Schiffhauer Horst, Ist § 1365 Abs. I BGB n.F. auf den Teilungs-
versteigerungsantrag anwendbar?, FamRZ 60,
185 ff
- Schmidt, § 419 BGB und unpfändbare Gegenstände, JW 33, 2734
("§ 419")

- Schmidt Rudolf, Bürgerliches Recht, Viertes Band: Das Familienrecht, 2. Aufl. Berlin 1957
- Schönke Adolf - Schröder Host - Niese Werner, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl. Karlsruhe 1956
- Schulin Paul, Das Gleichberechtigungsgesetz und der Prozeßrichter, DRiZ 59, 76 ff
- Schulz-Kersting Willibald, Die Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf den Grundbuchverkehr, JR 59, 81 ff
- Schulz-Kersting Willibald, Die Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf den Grundbuchverkehr (Schluß), JR 59, 134 ff
- Schwab Karl Heinz, Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft, Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957 S. 271 ff
- Seuffert Lothar v. - Walsmann Hans, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl. München 1932
- Sichter mann, Verfügungen über das Vermögen im ganzen nach § 1365 BGB, Betr. 59, 163 ff
- Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen 8. Aufl. Stuttgart und Köln 1955 und 9. Aufl. 1959
- Staudinger J. v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1926 - 1930 und 11. Aufl. Berlin 1957
- Stein Friedrich - Jonas Martin - Schönke Adolf - Pohle Rudolf, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl. Tübingen 1958 und 1956 mit Ergänzung 1960
- Steiner Anton - Riedel Herrmann, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 7. Aufl. Berlin 1956 mit Ergänzung 1960
- Tiedau Erwin, Zur Bedeutung des Inkrafttretens des neuen ehelichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft am 1. Juli 1958, insbesondere für die anwaltliche und notarielle Praxis, MDR 58, 377 ff
- Tiedau Erwin, Zum neuen ehelichen Güterrecht, insbesondere zu den Beschränkungen des § 1365 BGB n.F., MDR 59, 79 ff
- Tiedau Erwin, Gesellschaftsvertrag und neues eheliches Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Abfindungsklauseln, MDR 59, 253 ff

- Tuhr Andreas v., Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910
- Walsmann Hans, Irrtum im Prozeßrecht, AcP 102, 1 ff
- Weber Hans, Die Zwangsvollstreckung in Mobilien nach dem Gleichberechtigungsgesetz, Rpfl. 59, 179 ff
- Weimar Robert, Zur Anwendbarkeit des § 1365 Abs. I BGB auf den Teilungsversteigerungsantrag, NJW 59, 1478 f
- Westermann Harry, Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl. Karlsruhe 1960
- Wieacker Franz, Zum System des deutschen Vermögensrechts, Leipzig 1941
- Wieczorek Bernhard, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Berlin 1956 - 1958
- Wörbelauer Herbert, Zum Begriff der Verfügung über das Vermögen im ganzen (§ 1365 BGB), NJW 60, 793 ff
- Ziege Hans Joachim, Zur Auslegung des § 1369 BGB n.F., NJW 57, 1579 ff
- Ziege Hans Joachim, Zur Auslegung des § 1369, NJW 58, 131 ff
- Zunft, Zur Auslegung des neuen § 1369, NJW 58, 130 ff

II. Materialien

Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts nebst Begründung, Deutscher Bundestag 2. Wahlperiode 1953, Drucksache 224

Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (16. Ausschuß), Auswirkung der Gleichberechtigung auf den Güterstand, Berichterstatter Abg. Seidl (Dorfen) Deutscher Bundestag 2. Wahlperiode 1953, zu Drucksache 3409 S. 4 ff

Abkürzungen

Die im Literaturverzeichnis genannten Werke werden durch Angabe des Verfassers und der Fundstelle zitiert. Soweit mehrere Auflagen eines Werkes benützt werden, wird die ältere Auflage im Zitat hervorgehoben.

Die Zeitschriften und Entscheidungssammlungen werden unter den für sie üblichen Abkürzungen angeführt.

Einführung

§ 1

Die Einschränkung der Verwaltungsfreiheit zum Schutz familiärer Interessen

Durch das Gleichberechtigungsgesetz wurde als gesetzlicher Güterstand die Zugewinnngemeinschaft eingeführt. Es handelt sich bei diesem Güterstand um eine Gütertrennung mit Ausgleich des Zugewinnes beider Ehegatten bei Beendigung der Ehe. Das Vermögen der Eheleute, auch das während der Ehe erworbene Vermögen, bleibt getrennt, und jeder Ehegatte ist berechtigt, sein Vermögen allein zu verwalten (§ 1364 BGB). Diese den Ehegatten gewährte Freiheit, ihr Vermögen selbständig zu verwalten, ist eine Auswirkung des Gleichberechtigungsgrundsatzes.

Eine Einschränkung dieser Verwaltungsfreiheit muß sich aber aus dem Wesen der Ehe sowie aus der Tatsache ergeben, daß der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft bei Beendigung der Ehe einen Ausgleich des beiderseitigen Zugewinnes zwischen den Ehegatten herbeiführen soll. Aus dem Wesen der Ehe folgt die Pflicht der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft sowie die gegenseitige Unterhaltspflicht, die ausdrücklich in den §§ 1353 und 1360 BGB niedergelegt sind.

Die Erfüllung dieser Pflichten bedarf eines wirksamen Schutzes. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber die Ehegatten durch die §§ 1365 und 1369 in zweifacher Hinsicht in ihrer Verwaltungsfreiheit eingeschränkt.

Rechtsgeschäfte, in denen ein Ehegatte sich verpflichtet, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen, bedürfen gemäß § 1365 der Einwilligung des anderen Ehegatten. Das gleiche gilt für die entsprechenden Verfügungsgeschäfte, soweit das

Verpflichtungsgeschäft ohne die erforderliche Einwilligung vorgenommen wurde.

Auch Verfügungsgeschäfte über Haushaltsgegenstände und die entsprechenden Verpflichtungsgeschäfte sind gemäß § 1369 an die Zustimmung des anderen Ehegatten gebunden.

Die Beschränkung der Ehegatten durch § 1365 soll gewährleisten, daß das Vermögen des Ehegatten nicht durch von ihm vorgenommene Rechtsgeschäfte so vermindert werden kann, daß der Familie dadurch die Grundlage für ihren Unterhalt entzogen wird. Hingegen will § 1369 der Familie diejenigen Gegenstände erhalten, die die Basis für das Zusammenleben der Ehegatten bzw. der Familie darstellen. Die genannten Bestimmungen verfolgen außerdem das Ziel, einen etwa entstehenden Zugewinnausgleichsanspruch zu sichern. Wir werden das noch bei der Behandlung der einzelnen Vorschriften genauer erörtern.

Die §§ 1365 und 1369 hemmen die Ehegatten in ihrer Verwaltungsfreiheit, indem sie die Wirksamkeit solcher Rechtsgeschäfte von der Zustimmung des anderen Ehegatten abhängig machen (§§ 1366, 1367). Der andere Ehegatte erhält dadurch das Recht, seine Ansprüche und die der Familie zu schützen. Dieses ihm gewährte Zustimmungs-, besser gesagt Einspruchsrecht wird erweitert durch die ihm durch § 1368 gewährte Befugnis, die Rechte, die sich aus der Unwirksamkeit solcher ohne die erforderliche Zustimmung abgeschlossener Rechtsgeschäfte ergeben, gerichtlich geltend zu machen. Erst hierdurch wird ihm die letzte Sicherheit gegeben, für die Sicherung seiner Ansprüche und der der Familie Sorge zu tragen.

Durch diese Verwaltungsbeschränkungen wird die Verwaltungsfreiheit der Ehegatten zugunsten familiärer Ansprüche erheblich eingeschränkt. Es zeigt sich also, daß durch diese Regelung vom Gesetzgeber eine Abwägung von zwei Interessen vorgenommen wurde. Die Verwaltungsfreiheit der Ehegatten kann nämlich nur soweit reichen, als wichtige familiäre Interessen dadurch nicht zu Schaden kommen. Andererseits

ist der Gesetzgeber grundsätzlich von der Verwaltungsfreiheit der Ehegatten ausgegangen und hat Ausnahmen, wie wir noch zeigen werden, nur zum Zwecke des Schutzes familiärer Ansprüche zugelassen. Die Verwaltungsbeschränkungen der §§ 1365 und 1369 müssen aus diesem Grund eine Begrenzung erfahren.

Aufgabe der folgenden Darstellung soll deshalb sein, zu untersuchen, inwieweit die Verwaltungsfreiheit der Ehegatten durch die §§ 1365 und 1369 mit Rücksicht auf die durch sie geschützten Interessen eingeschränkt ist und wieweit die Befugnisse des nicht verfügenden Ehegatten reichen, um diese Interessen zu sichern.

Erörtert werden deshalb nur die Probleme, die die Voraussetzungen, unter denen die Einschränkung der Verwaltungsfreiheit nach den §§ 1365 und 1369 eintritt, betreffen. Außerdem soll auf alle die Fragen, die sich aus der Stellung des nicht verfügenden Ehegatten in bezug auf die vom anderen Ehegatten vorgenommenen, unter diese Vorschriften fallenden Rechtsgeschäfte ergeben, eingegangen werden. Probleme, die mit der Stellung Dritter, mit dem verfügenden Ehegatten in Geschäftsbeziehungen tretender Personen zusammenhängen, werden nur insoweit behandelt, als sie für die hier gewählte Problemstellung von Bedeutung sind.

E r s t e r T e i l

Die Einschränkung der Verwaltungsfreiheit des

Ehegatten durch § 1365

(Die Voraussetzungen des § 1365)

Die Verwaltungsfreiheit der Ehegatten wird durch § 1365 für Rechtsgeschäfte, die sich auf das gesamte Vermögen eines Ehegatten beziehen, eingeschränkt. Die einzelnen Voraussetzungen dieser Vorschrift haben im Gesetz keine so eindeutige Regelung erfahren, daß nicht eine verschiedene Auslegung möglich wäre. Aufgabe des Ersten Teiles der folgenden Darstellung muß deshalb sein, die Voraussetzungen des § 1365 im einzelnen festzustellen.

I. Kapitel

Auslegungsfragen

§ 2

Der Zweck des § 1365

Um dem Inhalt einer gesetzlichen Bestimmung gerecht zu werden, bedarf es vor allem der Klärung, welchem Zweck diese Vorschrift gewidmet ist. Mit Hilfe dieser teleologischen Auslegungsmethode gelingt es häufig erst, Zweifelsfragen hinreichend zu lösen.

I. Die verschiedenen Ansichten

- 1) In aller Regel ist für die Auslegung die Auffassung der Gesetzesmaterialien besonders aufschlussreich. Zu ihnen gehören die Vorarbeiten, Entwürfe, Motive, Verhandlungsprotokolle und Ausschussberichte der Gesetzgebungskommissionen oder der Parlamente, die den eigentlichen Gesetzgebungsakt vorbereiten und begleiten.

Eine bindende Wirkung kommt ihnen jedoch nicht zu. Sie können nur dann von Bedeutung sein, wenn die aus ihnen sich ergebenden Gedanken auch im Gesetz ihren Niederschlag gefunden haben.¹⁾ Die Vorstellungen des Gesetzgebers können niemals alle Schwierigkeiten des Lebens, die sich erst bei Anwendung des Gesetzes zeigen, erfassen.²⁾ Die Bedeutung des Gesetzes kann sich deshalb nur aus dem Gesetz

1) Vgl. hierzu RGZ 1,250 und 51, 274; Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft S. 242 ff; Enneccerus - Nipperdey, Lehrbuch 1.Hb. § 55 I 1 S.329-ff mit weiteren Nachweisen. Auf andere, von der hier vertretenen Meinung abweichende Ansichten hinsichtlich der Bedeutung der Gesetzesmaterialien für die Auslegung kann in diesem Rahmen nicht eingegangen werden. Vgl. hierzu Enneccerus-Nipperdey 1.Hb § 55 I 1

2) Lehmann, Allgemeiner Teil, § 8 II 3 b

selbst ergeben. Die Materialien sind aber nicht Gesetz geworden. Sie bereiten lediglich den Gesetzgebungsakt vor.

In § 1371 des Regierungsentwurfs ³⁾ wird jeder Ehegatte, wie es dort wörtlich heißt: "Im Interesse der F a m i - l i e n g e m e i n s c h a f t" ⁴⁾ in der Verwaltung seines Vermögens nach Maßgabe der folgenden Vorschriften beschränkt. Im § 1372 folgt dann die Verwaltungsbeschränkung über das Vermögen im ganzen.

Auch die amtliche Begründung zu § 1371 des Regierungsentwurfs ⁵⁾ verweist auf das Interesse der Familiengemeinschaft; das durch die Verwaltungsbeschränkung des § 1372 Berücksichtigung finden sollte. Andererseits ergibt sich aus der amtlichen Begründung zu § 1372, ⁶⁾ daß die Einschränkung der Verwaltungsfreiheit über das Vermögen im ganzen der Sicherung des Z u g e w i n n a u s g l e i c h s a n s p r u c h s des anderen Ehegatten dienen solle. Es heißt dort wörtlich: "Ein Ehegatte könnte sonst dadurch, daß er sein Vermögen im ganzen veräußerte oder belastete, den Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten vereiteln."

Aus dem Bericht des Abgeordneten Seidl ⁷⁾ geht hervor, daß der Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht der Auffassung gewesen ist, daß § 1365 sowohl den Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie als auch die Sicherung des zukünftigen Zugewinnausgleichsanspruches bewirken solle.

3) BT Drucks. 224 S. 5 f

4) Die Sperrung wurde von mir vorgenommen.

5) BT Drucks. 224 S.41

6) BT Drucks. 224 S.41

7) Zu BT Drucks. 3409 S.6

2) Im Schrifttum nimmt die überwiegende Meinung die Ansicht des Rechtsausschusses auf und sieht in § 1365 eine Bestimmung zum Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie und des Zugewinnausgleichsanspruches. Ihr folgen vor allem Breetzke⁸⁾, Scheffler⁹⁾, Lauterbach¹⁰⁾ und Lorenz.¹¹⁾ 12) In der Rechtsprechung vertreten die gleiche Ansicht die Landgerichte Braunschweig,¹³⁾ Itzehoe,¹⁴⁾ und Kiel.¹⁵⁾

Dagegen meinen Finke,¹⁶⁾ Wörbelauer¹⁷⁾ und andere,¹⁸⁾ § 1365 sei nur zum Schutz der Lebensgrundlage der Familie erlassen. Auch die Landgerichte Bielefeld¹⁹⁾ und Siegen²⁰⁾ folgen dieser Meinung.

Schliesslich halten Bärman,²¹⁾ Tiedau²²⁾ und Eppig²³⁾ § 1365 lediglich für eine Schutzbestimmung des zukünftigen Zugewinnausgleichsanspruches.

-
- 8) Krüger - Breetzke - Nowack Komm.vor §§ 1363 ff A.10 und § 1365 A.1
 - 9) BGB - RGRK § 1363 A.9 und § 1365 A.3
 - 10) Palandt - Lauterbach § 1365 A.1
 - 11) JZ 59, 105
 - 12) Ebenso: Massfeller - Reinicke § 1365 A.1; Haegeler RpfL. 59, 5; Knur DNotZ 57, 453; Müller - Freienfels JZ 57, 692; Reinicke BB 57, 564 f; Reinicke - Schwarzhaupt S.16; Schulz - Kersting JR 59, 83 und 136
 - 13) FamRZ 59, 291
 - 14) FamRZ 59, 248
 - 15) JZ 59, 316
 - 16) Erman - Finke § 1365 A.1
 - 17) NJW 60, 795 f
 - 18) Kamnitzer - Bohnenberg § 1364; Koeniger DRiZ 59, 372; Lüthgen GmbH Rsch 27, 166; Meyer - Stolte FamRZ 59, 228;
 - 19) FamRZ 58, 376 = RpfL. 59, 7; 20) FamRZ 59, 64
 - 21) AcP 157, 159 22) MDR 59, 81 23) Verwaltungsbeschränkungen und Verkehrsschutz bei der Zugewinnsgemeinschaft S.24

II. Die sich aus dem Gesetz selbst ergebenden Grundgedanken

- 1) Die Vorschriften der §§ 1363 ff BGB betreffen lediglich Fragen des ehelichen Güterrechts. Sie müssen zu den gesetzlichen Bestimmungen über die Wirkungen der Ehe im allgemeinen in Beziehung gesetzt werden, die für jede Ehe, unabhängig von der in ihr gewählten Art des Güterstandes gelten.

In § 1360 BGB wird jedem Ehegatten die Pflicht auferlegt, die Familie mit seiner Arbeit und mit seinem V e r - m ö g e n angemessen zu unterhalten. Hieraus folgt für den einzelnen Ehegatten eine Bindung, sein Vermögen der Familie insoweit zu erhalten, als es als Grundlage für den Unterhalt der Familie in Betracht kommen kann.

Diese in § 1360 nur indirekt enthaltene Pflicht des Ehegatten wurde durch die Einrichtung einer Verwaltungsbeschränkung über das Vermögen im ganzen in § 1365 zu einem ~~nach~~ aussen wirkenden Verbot für den gesetzlichen Güterstand erweitert. Erst durch dieses Veräußerungsverbot kann ~~verhindert~~ werden, daß ein Ehegatte über sein gesamtes Vermögen wirksam verfügen und sich so gegebenenfalls seiner Unterhaltspflicht entziehen kann. Die Wirksamkeit solcher Verfügungen kann grundsätzlich nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten erreicht werden. Dieser ist es aber gerade, der dann an Stelle des verfügenden Ehegatten für den Unterhalt aufkommen muß, soweit die Arbeitsleistung des verfügenden Ehegatten und seine eigene nicht ausreicht. Er wird also daran interessiert sein, daß nur dann die entsprechenden Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, wenn der Unterhalt der Familie gesichert ist.

Die §§ 1360 und 1365 greifen also ineinander. § 1365 ist die Auswirkung der Unterhaltspflicht der Ehegatten gegenüber der Familie. Daraus ergibt sich, daß § 1365 dem Schutz der wirtschaftlichen Grundlage zu dienen bestimmt

ist. Es soll damit nicht gesagt werden, daß der Sinn dieser Vorschrift nur darin bestehe. Es wird hiermit nur zunächst die Ansicht abgelehnt, die § 1365 nur als Schutzbestimmung für den Zugewinnausgleichsanspruch ansehen will.

Daß § 1365 nicht allein einen etwa entstehenden Zugewinnausgleichsanspruch schützen soll, läßt sich auch im Vergleich mit anderen Bestimmungen, die diesen selbst betreffen, begründen.

Der Zugewinn eines Ehegatten errechnet sich gemäß § 1373 BGB aus der Gegenüberstellung des End- und Anfangsvermögens. Dagegen berücksichtigt § 1365 das Anfangsvermögen des verfügenden Ehegatten nicht, sondern stellt das gesamte Vermögen schlechthin unter seinen Schutz.

Auch ist es für die Anwendbarkeit des § 1365 nicht von Bedeutung, ob jemals ein Zugewinnausgleichsanspruch entstehen wird.

Gemäß § 1386 II Ziff. 1 BGB kann ein Ehegatte auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns klagen, wenn der andere Ehegatte ein Rechtsgeschäft, das unter die Beschränkung des § 1365 fällt, ohne die erforderliche Zustimmung des anderen Ehegatten vorgenommen hat. Dieses Recht steht ihm aber nur dann zu, wenn eine erhebliche Gefährdung des Ausgleichsanspruches zu besorgen ist.²⁴⁾ Eine solche entfällt, wenn noch gar kein zugewinnfähiges Vermögen, also Vermögen, das den Wert des Anfangsvermögens übersteigt, entstanden ist. Trotzdem ist das in Frage stehende Rechtsgeschäft gem. § 1365 unwirksam.

Aus diesen beiden Bestimmungen ergibt sich also, daß § 1365 mehr schützen will als nur den Zugewinnausgleichsanspruch. Der Meinung, die lediglich in § 1365 eine Schutzbestimmung für diesen sehen will, kann deshalb nicht gefolgt werden.

24) Die Art und Weise der Anordnung des Gesetzestextes in Palandt - Lauterbach § 1386 entspricht nicht der des Gesetzgebers, der die Worte " und eine erhebliche Gefährdung der künftigen Ausgleichsforderung zu besorgen ist " in einer eigenen Zeile abgefaßt hat (vgl. hierzu BGBI I 609). Nach Palandt - Lauterbach könnte man der Meinung sein, daß dieser Satz nur für Ziff. 2 zu gelten habe.

- 2) Gleichfalls muß die Ansicht abgelehnt werden, die § 1365 lediglich für eine Vorschrift hält, die die wirtschaftliche Grundlage der Familie schützen soll. Es darf nicht übersehen werden, daß die Klage eines Ehegatten auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns gem. § 1386 II Ziff. 1 keinen wirksamen Schutz für den klagenden Ehegatten bieten würde, wenn nicht auf Grund der §§ 1365 ff die entsprechenden Rechtsgeschäfte unwirksam beziehungsweise schwebend unwirksam wären.

Bei entgeltlichen Rechtsgeschäften bestünde zwar theoretisch für den Ehegatten die Möglichkeit, sich aus dem an die Stelle der veräußerten Gegenstände getretenen Vermögen zu befriedigen. Praktisch kann aber die Umwandlung eines Realvermögens in Geldvermögen eine erhebliche Gefährdung des Ausgleichsanspruches - nur dann ist ja die Klage möglich - mit sich bringen, da dieses viel leichter zu verschleiern und beiseite zu bringen ist.

Noch schwerer hat es der Ehegatte, seine Rechte wahrzunehmen, wenn es sich um unentgeltliche Verfügungen handelt. Bei Wirksamkeit solcher Rechtsgeschäfte hätte der Ehegatte keine direkte Handhabe mehr, sich aus dem Vermögen des anderen Ehegatten zu befriedigen. § 1390 BGB gibt zwar in solchen Fällen dem Ehegatten das Recht, den Gegenstand von dem Erwerber auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff BGB) herauszuverlangen. Diese Berechtigung ist aber an die Voraussetzung geknüpft, daß eine Ausgleichsforderung gemäß § 1378 II BGB nicht entstanden ist, weil nicht mehr genügend Aktivvermögen vorhanden ist. Ferner muß der verfügende Ehegatte in der Absicht gehandelt haben, ihn zu benachteiligen. Nicht immer wird diese Benachteiligungsabsicht vorliegen. Darüber hinaus hat der andere Ehegatte ihr Vorliegen zu beweisen, da ihn die Beweislast trifft. Eine wirksame Sicherung seiner Ansprüche ist für den anderen Ehegatten durch § 1390 demnach nicht gegeben.

§ 1365 läßt in Verbindung mit den §§ 1366 und 1367 die Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen, die eine Verfügung beinhalten, unwirksam bzw. schwebend unwirksam sein. Erst dadurch wird ein wirksamer Schutz des Zugewinnausgleichsanspruches erreicht. Deshalb dient § 1365 auch diesem Zweck.

- 3) Es ergibt sich also aus dem Gesetz selbst, daß Zweck des § 1365 sowohl der Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie als auch der des Zugewinnausgleichsanspruches ist. Die in der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf, vom Rechtsausschuss und von der überwiegenden Meinung vertretene Ansicht hat damit ihren Niederschlag im Gesetz gefunden.

§ 3

Die zur Auslegung des § 1365 heranzuziehenden Bestimmungen

Die Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift wird häufig durch die Heranziehung der Grundsätze, die in anderen der in Frage stehenden Bestimmung ähnlichen Paragraphen bereits entwickelt wurden, erleichtert. Es geht hier nicht um die analoge Anwendung anderer Vorschriften auf ähnliche, nicht im Gesetz geregelte Fälle, sondern um die Anwendung einer Rechtssprechung oder Rechtslehre, die für die Auslegung einer ähnlichen Bestimmung entwickelt wurde.

Die Übertragung solcher Grundsätze setzt voraus, daß die in Frage kommenden Bestimmungen der auszulegenden Vorschrift verwandt sind. Es muß eine Ähnlichkeit der einzelnen Paragraphen in Tatbestand, Rechtsfolge und Gesetzeszweck vorhanden sein.

Im Folgenden sollen deshalb die gesetzlichen Bestimmungen, die vorwiegend in der Rechtsprechung und im Schrifttum zur Auslegung des § 1365 herangezogen werden, daraufhin untersucht werden, ob sie überhaupt oder wenigstens in einer bestimmten Richtung der Auslegung des § 1365 dienen können.

I. § 311 BGB

Nicht selten findet man in Abhandlungen über die Voraussetzungen des § 1365 die Erwägung, ob nur solche Rechtsgeschäfte unter § 1365 fallen, bei denen ein Vertrag über das gesamte Vermögen *s c h l e c h t h i n* geschlossen wurde, ohne daß eine Aufzählung der einzelnen zu diesem Vermögen gehörenden Gegenstände im Vertrag erfolgt ist.²⁵⁾ Es wird dabei auf die in § 311 hierzu entwickelten Grundsätze Bezug genommen. Die Lösung dieser Frage soll erst bei der Behandlung der subjektiven Voraussetzungen gegeben werden.²⁶⁾ Hier sollen nur die beiden Bestimmungen gegenübergestellt werden, um festzustellen, ob eine Heranziehung der für § 311 entwickelten Lehren für die Auslegung des § 1365 überhaupt in Frage kommen kann.

§ 311 beschäftigt sich mit Verpflichtungsverträgen, die eine Übertragung des gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchteils desselben oder die Bestellung eines Nießbrauches an demselben bezwecken. § 1365 dagegen erfasst auch die den Verpflichtungsgeschäften entsprechenden Verfügungen. Auch fallen nicht nur einzelne bestimmte Verfügungen wie in § 311 unter § 1365, sondern grundsätzlich alle Arten von Verfügungen. Erfasst wird aber nur das Vermögen im ganzen, nicht auch ein Bruchteil desselben. Auch beschränkt sich der § 1365 nicht nur auf Verträge, sondern stellt auch einseitige Rechtsgeschäfte unter seinen Schutz. In § 311 bedarf das entsprechende Rechtsgeschäft der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, in § 1365 der Zustimmung des anderen Ehegatten.

25) Vgl. hierzu die in Kapitel IV § 12 Anmerkung 175 ausgeführten Nachweise.

26) Vgl. § 12

Rechtsgeschäfte, die unter § 311 fallen und ohne die erforderliche Form abgeschlossen werden, sind gem. § 125 BGB nichtig. Nach § 1366 BGB ziehen Verträge, die ohne die erforderliche Einwilligung abgeschlossen sind, zunächst lediglich die schwebende Unwirksamkeit nach sich.

Das Formerfordernis des § 311 soll den Veräußerer vor unüberlegten Rechtsgeschäften schützen, nämlich vor solchen, bei deren Abschluss er sich nicht im klaren darüber ist, welche einzelnen Gegenstände zu seinem gegenwärtigen Vermögen gehören.²⁷⁾ Deshalb bedarf auch nur das Verpflichtungsgeschäft der Form, da bei den einzelnen Verfügungsgeschäften ihm sowieso zum Bewußtsein kommen muß, was alles zu seinem Vermögen gehört. Dagegen will § 1365 die Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage und den etwa entstehenden Zugewinnausgleichsanspruch schützen. Im § 1365 soll das Vermögen als Haftungsobjekt für die eventuell entstehenden Ansprüche der Familie erhalten bleiben.

Es zeigt sich, daß die §§ 311 und 1365 erhebliche Verschiedenheiten in ihrem Tatbestand und ihrer Zielsetzung aufweisen. § 311 ist eine Formvorschrift, dagegen trägt § 1365 materiellrechtlichen Charakter.²⁸⁾ Eine Auslegung des § 1365 mit Hilfe des § 311 ist deshalb abzulehnen.

II. § 1822 Ziff. 1 BGB

In dem Bericht des Rechtsausschusses²⁹⁾ wird für die Auslegung des § 1365 auf die Rechtsprechung des BGH zu § 1822 Ziff. 1,

-
- 27) Vgl. hierzu R G Z 94, 316; die Kommentare zu § 311: Palandt - Danckelmann A.l; BGB - RGRK A.l; Soergel - Siebert - Schmidt A. 1; Staudinger - Werner Vorbem.; Enneccerus - Lehmann, Lehrbuch § 28 II 1
- 28) Vgl. hierzu R G Z 94, 316 zu § 1444 a.F., der § 1365 n.F. zum Vorbild genommen wurde.
- 29) Zu BT Drucks. 3409 S. 6

1. Fall ³⁰⁾ Bezug genommen. Es wird dort nicht entschieden, ob die zu § 1822 Ziff. 1 entwickelten Grundsätze der dort angeführten BGH-Entscheidung, die unter § 1822 Ziff. 1 nur Verträge über das Vermögen im ganzen als solchem, wie in § 311, fallen lassen will, auf § 1365 angewendet werden sollen.

In ihrem Tatbestand unterscheiden sich die §§ 1822 Ziff. 1 und 1365 lediglich dadurch, daß der Vormund nach § 1822 Ziff. 1 nur bei Verpflichtungsgeschäften der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf, während § 1365 auch die entsprechenden Verfügungsgeschäfte erfasst.

In ihrer Rechtsfolge stimmen beide Bestimmungen überein. Verträge sind zunächst schwebend (§§ 1829, 1366 BGB), einseitige Rechtsgeschäfte sofort unwirksam (§§ 1831, 1367 BGB).

Auch hinsichtlich der Zielsetzung liegt eine Übereinstimmung der beiden Bestimmungen vor. Nach der Auffassung des B G H in der genannten Entscheidung,³¹⁾ der sich auch L a u t e r b a c h ³²⁾ und R i t t n e r ³³⁾ angeschlossen haben, müsste sich allerdings im Zweck ein Abweichen voneinander ergeben. Ausdrücklich spricht sich der BGH zwar nicht über den Sinn des § 1822, Ziff. 1, aus. Aus der Heranziehung des § 311 für die Auslegung des § 1822 Ziff. 1 ist jedoch zu entnehmen, daß der BGH in diesem eine Vor-

30) FamRZ 57, 121 ff = DNotZ 57, 506 = JZ 57, 382

31) Es handelte sich um einen Fall, in dem ein Vater als gesetzlicher Vertreter für seinen Sohn einen Vertrag über die Gründung einer stillen Gesellschaft geschlossen hatte. Der Sohn sollte eine einmalige Kapitaleinlage in Höhe von DM 7000.- leisten, worin sein gesamtes Vermögen bestand, ohne am Verlust beteiligt zu sein. Das Erfordernis einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für den Abschluß des Gesellschaftsvertrages gem. den §§ 1643, 1822 sowohl nach Ziff. 3 als auch nach Ziff. 1 lehnte der BGH ab. Er vergleicht § 1822 Ziff. 1 mit § 311 und will unter § 1822 Ziff. 1 nur Verträge über das Vermögen im ganzen als solches fallen lassen, aber nicht solche, in denen die Gegenstände einzeln aufgezählt sind.

32) P a l a n d t - L a u t e r b a c h § 1822 A.2

33) FamRZ 64, 3f

schrift sieht, die den Vormund bzw. die Eltern (§ 1643 BGB) vor unüberlegten Rechtsgeschäften über das gesamte Vermögen des Mündels als solchem warnen soll.

Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht müssen erhebliche Bedenken geltend gemacht werden. Es darf nicht übersehen werden, daß neben § 1822 Ziff. 1 auch andere Vorschriften wie z.B. die §§ 1812, 1821 und 1822 BGB in den folgenden Ziffern für die verschiedensten Rechtsgeschäfte, die das Vermögen des Mündels betreffen, die Genehmigung des Gegenvormundes bzw. des Vormundschaftsgerichtes verlangen. Es werden von diesen Bestimmungen zwar die wesentlichen vermögensrechtlichen Rechtsgeschäfte erfasst, jedoch, wie der Fall des BGH beweist, nicht alle. § 1822 Ziff. 1, 1.Fall sollte deshalb eine Art Generalklausel für die Rechtsgeschäfte sein, die nicht unter die im Gesetz einzeln aufgezählten Fälle passen, aber doch eine erhebliche Gefährdung des Mündelvermögens mit sich bringen können. Gerade für den Mündel bedeutet sein Vermögen eine wichtige Grundlage für seinen Lebensunterhalt, da er ja häufig den Unterhalt nur ungenügend vom Unterhaltspflichtigen erhalten kann. Es kann daher nicht darauf ankommen, ob in den entsprechenden Rechtsgeschäften die einzelnen Gegenstände, über die verfügt werden soll, aufgezählt sind oder nicht. § 1822 Ziff. 1 ist eine Schutzvorschrift zur Sicherung der Lebensgrundlage des Mündels und nicht eine Formvorschrift.³⁴⁾ Damit ähnelt sie in ihrer Zielsetzung dem § 1365.

Nachdem Tatbestand, Rechtsfolge und Zweck der beiden Bestimmungen im wesentlichen übereinstimmen, ist die Auslegung des § 1365 an Hand des § 1822 Ziff. 1, 1.Fall, durchaus möglich.

34) Ähnlich R e i n i c k e DNotZ 57, 508

III. Die §§ 1444 a.F. und 1423 n.F. BGB

Aus der amtlichen Begründung zu § 1372 ³⁵⁾ des Regierungsentwurfes (jetzt § 1365 des Gleichberechtigungsgesetzes) ergibt sich, daß dem Gesetzgeber bei der Schaffung des § 1365 § 1444 a.F. (jetzt § 1423) zum Vorbild gedient hat.

1. Im Rahmen der allgemeinen Gütergemeinschaft sah das BGB von 1900 im § 1444 eine Verwaltungsbeschränkung für den Ehemann bezüglich des Gesamtgutes im ganzen vor. Es waren sowohl das Verpflichtungsgeschäft über das Gesamtgut im ganzen als auch die entsprechenden Verfügungsgeschäfte an die Zustimmung der Ehefrau gebunden. Man könnte deshalb annehmen, daß eine Übertragung der dort entwickelten Grundsätze immer zu einem befriedigenden Ergebnis führen müßte.

Es darf aber nicht übersehen werden, daß es sich bei dem Gesamtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft um eine Gesamthandsgemeinschaft handelte, das Gesamtgutvermögen also beiden Ehegatten zur gesamten Hand zustand. Der verwaltende Ehemann war also nicht allein Inhaber der zum Gesamtgut gehörenden Rechte, sondern auch die zustimmungsberechtigte Ehefrau. Es liegt daher ein erheblicher Unterschied der beiden Bestimmungen in ihrem Tatbestand vor, der sich vor allem bei der Behandlung des Verkehrsschutzes auswirkt.

Hinsichtlich der Rechtsfolge besteht zunächst kein Unterschied. In beiden Fällen tritt bei Verträgen zunächst schwebende und bei einseitigen Rechtsgeschäften schlechthin Unwirksamkeit ein (§§ 1448, 1396 a.F., 1366 n.F.; 1448, 1398 a.F., 1367 n.F. BGB).

35) BT Drucks. 224 S.41

In der Zielsetzung sind sich beide Bestimmungen sehr ähnlich. § 1444 a.F. dient nach allgemeiner Ansicht³⁶⁾ der Erhaltung der Lebensgrundlage der Familie. § 1365 n.F. geht darüber hinaus und schützt auch einen möglichen Zugewinnausgleichsanspruch.

Vor allem muß jedoch beachtet werden, daß das Gesamtgut auch noch durch die §§ 1445 und 14-46 a.F. BGB geschützt wurde. Nach § 1445 dürfte der Ehemann über Grundstücke, die zum Gesamtgut gehörten, nicht verfügen und sich auch nicht zu einer solchen Verfügung ohne Zustimmung der Ehefrau verpflichten. Das gleiche bestimmte § 1446 für Schenkungen des Ehemannes, die nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprachen. Durch das Dasein dieser gesetzlichen Vorschriften hat die Rechtsprechung zu § 1444 a.F. eine Einschränkung gegenüber der zu § 1365 n.F. erfahren. Es wird deshalb zum Teil auf die Rechtsprechung zu den §§ 1445 und 1446 a.F. Bezug genommen werden müssen. Bei Anwendung dieser beiden Bestimmungen mußte es sich nicht um Rechtsgeschäfte handeln, die das Gesamtgut im g a n - z e n erfassen. Aus diesem Grunde konnten manche Probleme, wie z.B. die Frage, ob jede Belastung des Grundstücks, das das gesamte Vermögen des Ehegatten darstellt, eine Verfügung über das Vermögen im ganzen ist, oder nur eine solche, die den Wert des Grundstücks voll ausschöpft, gar nicht entstehen.

Aus dem Erörterten zeigt sich, daß die zu § 1444 a.F. entwickelten Grundsätze insoweit herangezogen werden können, als sich nicht ein Unterschied der beiden Bestimmungen daraus ergibt, daß die Ehegatten bei der

36) R G Z 94, 316; zu § 1444 a.F. E r m a n - G e r s t -
b e r g e r A l; P l a n c k - U n z n e r A l; B G B -
R G R K 8. Aufl. A l; S t a u d i n g e r - E n g e l -
m a n n 9. Aufl. A. l

Gütergemeinschaft, anders als bei der Zugewinnngemeinschaft, sich zu einer Gesamthandsgemeinschaft zusammengeschlossen haben. Darüber hinaus wird die Heranziehung der §§ 1445 und 1446 a.F., soweit es sich um Grundstücksgeschäfte und Schenkungen handelt, erforderlich sein. Eine Begrenzung der Verwendung der dort entwickelten Lehren folgt daraus, daß es sich in den genannten Vorschriften nicht um Rechtsgeschäfte, die das Gesamtgut der Ehegatten im ganzen erfassen, handeln mußte.

2. Das eben Gesagte hätte auch für die Heranziehung des neuen § 1423 zu gelten. Eine Rechtsprechung hat sich zu dieser Bestimmung noch nicht herausgebildet. Die Kommentare greifen in ihren Erörterungen auf die zu § 1444 a.F. entwickelten Lehren ³⁷⁾ zurück, oder sie ziehen umgekehrt die Rechtsprechung zu § 1365 ³⁸⁾ heran. Eine Verwendung des § 1423 für die Auslegung des § 1365 erübrigt sich deshalb.

IV. § 419 BGB

Am häufigsten werden bei der Auslegung des § 1365 die in § 419 entwickelten Lehren herangezogen. Dies gilt insbesondere für die Auslegung des Begriffes Vermögen im ganzen, aber auch hinsichtlich der Frage, ob die Parteien bei Abschluß des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes wissen müssen, daß es sich um das gesamte Vermögen des Veräußerers handelt.

Es wird sich zeigen, daß die Heranziehung des § 419 sehr problematisch ist, da die beiden Bestimmungen große Verschiedenheiten aufweisen.

§ 419 erfasst die Übernahme eines Vermögens durch Vertrag. Unter § 419 fallen nur Verträge, und zwar nur Veräußerungsverträge. Dagegen beschäftigt sich § 1365 auch mit einseitigen Rechtsgeschäften und solchen, die eine Belastung beinhalten.

37) Krüger - Breetzke - Nowack § 1423 A.1

38) Palandt - Lauterbach § 1423 A.1

Ein wesentlicher Unterschied zeigt sich in der Rechtsfolge der beiden Vorschriften. § 1365 zieht grundsätzlich die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes nach sich, während § 419 an die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes nicht rührt, dagegen eine kraft Gesetzes wirkende kumulative Schuldübernahme für den Übernehmer des Vermögens zur Folge hat.

Der Zweck des § 419 besteht in dem Schutz der Gläubiger des Veräußerers. Sie sollen des Kreditobjektes nicht durch Vermögensverschiebungen ihres Schuldners beraubt werden.³⁹⁾ Die Zielsetzung des § 419 weicht also von der des § 1365 wesentlich ab, wenn auch den beiden Bestimmungen gemeinsam ist, daß das Vermögen als Grundlage für Ansprüche, in § 419 die der Gläubiger des Veräußerers, in § 1365 für die der Familie, insbesondere des anderen Ehegatten, erhalten werden soll.

Hieran zeigt sich, daß die §§ 419 und 1365 wesentliche Unterschiede in ihrem Tatbestand, Zweck und vor allem in ihren Wirkungen aufweisen. Eine Übertragung der Grundsätze des § 419, die sich mit seinen Wirkungen befassen, ist deshalb ausgeschlossen. Dagegen empfiehlt sich eine teilweise Heranziehung der Lehren, die sich mit dem Begriff des Vermögens befassen, soweit sich nicht aus der Zielsetzung und insbesondere aus der Verschiedenheit der Wirkungen beider Bestimmungen ein anderes ergibt.

39) Vgl. zu § 419 E r m a n - W e s t e r m a n n A.3;
P a l a n d t - D a n c k e l m a n n A.1; B G B -
R G R K A.1; S o e r g e l - S c h m i d t A1;
S t a u d i n g e r - W e r n e r A II

II. Kapitel

Der Begriff "Vermögen im ganzen"

§ 1365 erfasst nur Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen. Wir müssen deshalb prüfen, was unter dem Vermögen im ganzen eines Ehegatten zu verstehen ist. Ehe wir eine Definition dieses Begriffes abgeben können, müssen wir feststellen, welche Werte überhaupt zum Vermögen gehören.

§ 4

Der Begriff "Vermögen"

Hinsichtlich des Begriffes Vermögen sind zwei Betrachtungsweisen möglich. Die eine fragt danach, welche Gegenstände zum Aktiv-Vermögen des Inhabers gehören; dagegen beschäftigt sich die andere mit dem Problem, welche Stellung den Passiven im Verhältnis zu den Aktiven bei der Bestimmung des Vermögens einer Person zukommt.

I. Die Bestimmung der zum Vermögen gehörenden Aktivwerte.

1a) Vermögen ist, wie sich N i p p e r d e y ⁴⁰⁾ ausdrückt, "die Gesamtheit der Rechte, die zur Befriedigung der Bedürfnisse einer Person dienen." Es muß sich um Rechte handeln, deren Wert sich in Geld ausdrücken lässt.⁴¹⁾ Hierunter fallen alle dinglichen Rechte, die Immaterialgüterrechte, Forderungsrechte, die Mitgliedschaft und der

40) E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y, Lehrbuch I. Hb. § 131 I

41) L e h m a n n, Allg. Teil § 12 I 2 a; v. T u h r, Allgem. Teil I. Bd. § 18 I

Anteil an einem Sondervermögen und das Erbrecht.⁴²⁾ Auch betagte, bedingte Rechte und Anwartschaften und damit auch der Pensionsanspruch zählen darunter, dagegen nicht blosse Aussichten oder Hoffnungen. Werterhöhende Faktoren und andere tatsächlichen Verhältnisse, die den Erwerb steigern, wie z.B. die Kundschaft und Chancen gehören ebenfalls nicht hierher.⁴³⁾⁴⁴⁾ Bei dem eben Erörterten handelt es sich um jene Begriffsbestimmung, die unabhängig von der Anwendung auf eine bestimmte Gesetzesvorschrift gegeben wird. Eine abweichende Bestimmung dieses Begriffes kann aus der Verschiedenheit der einzelnen, diesen Begriff verwendenden Paragraphen in ihrer Zielsetzung folgen.

- b) Auf § 1365 angewandt, ergibt sich eine abweichende Bestimmung daraus, daß § 1365 dem Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie und des Zugewinnausgleichsanspruches gewidmet ist. Es kann sich deshalb hier nur um Rechte handeln, die diesem Zweck dienen können.

42) Worunter nicht die Möglichkeit, später einmal Erbe eines noch lebenden Verwandten werden zu können, zu verstehen ist, sondern die schon mit dem Erbfall entstehende Erbberechtigung einer Person für den Fall, daß der Erstberufene aus irgendeinem Grund wegfällt (z.B. Ausschlagung) oder das Anwartschaftsrecht des Nacherben. Vgl. hierzu E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y, Lehrbuch l.Hb. § 79 D I

43) Anders W i e a c k e r, System des deutschen Vermögensrechts, S.49, der Kundschaften und Chancen im Zusammenhang mit dem entsprechenden Unternehmen zu den Vermögensgegenständen zählen will.

44) Für die Aufzählung der einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenstände vgl. E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y, Lehrbuch l.Hb. § 131 I; L e h m a n n, Allg. Teil § 49 I 2c; v o n T u h r, Allgem. Teil I. Bd. § 18 II

Bedenken ergeben sich hieraus für das Erbrecht. Die blosse, nach dem Erbfall entstandene Erbberechtigung, die für den Fall des Wegfalles des Ersterbenden ein Anrecht auf die Erbschaft verleiht, muß ausgeschieden werden, da bis zum Wegfall des Ersterbenden eine wirtschaftliche Verwertbarkeit dieses Rechtes nicht besteht. Ob der Erbberechtigte einmal Erbe und damit Inhaber des Vermögens des Erblassers wird, ist noch unbestimmt. Es besteht noch keine Anwartschaft. Würde man dieses Recht unter den Vermögensbegriff des § 1365 fallen lassen, so bedeutete das, daß in einer Reihe von Fällen eine Verfügung über das Vermögen im ganzen noch nicht vorliegen könnte, da dieses Recht dem Verfügenden noch verbliebe.

Anders liegt es beim Anwartschaftsrecht des Nacherben. Dieses ist veräußerlich. Es gehört gegebenenfalls auch zur Konkursmasse des Nacherben. Es ist wirtschaftlich verwertbar und deshalb bei der Aufstellung der zum Vermögen des Verfügenden gehörenden Rechte zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der anderen erwähnten Rechte bestehen keine Bedenken. Vom allgemeinen Vermögensbegriff ist für die Bestimmung des Begriffes Vermögen in § 1365 die bedingte Erbberechtigung auszuschliessen.

2a) Im Rahmen des § 419 wird von mancher Seite⁴⁵⁾ die Ansicht vertreten, daß unter den Begriff des Vermögens nur Gegenstände fallen sollen, die nicht von den Pfändungsgrenzen der §§ 811 und 850 ZPO erfasst werden.

Auch zu § 1365 wurde vom OLG Frankfurt⁴⁶⁾ für den Pensionsanspruch Ähnliches entwickelt. Es will bei der Beurteilung, ob im Einzelfall eine Verfügung über das

45) Unpfändbare Gegenstände fallen nicht unter § 419:

Laue, AcP 140, 74; Schmidt, JW 33, 2734;

OLG Hamburg JW 22, 215 a.M. Erman -

Westermann § 419 A.3; Soergel - Siebert - Schmidt § 419 A.4

46) NJW 60, 2190 f

Vermögen im ganzen vorliegt, den unpfändbaren Teil einer Pension bei der Bewertung des Vermögens ausscheiden. Es beruft sich dabei auf die Regelung bei der Gütergemeinschaft, bei der gem. § 1417 Gegenstände, die nicht übertragen werden können, zum Sondergut und nicht zum Gesamtgut gehören. Ferner könnten Forderungen, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen seien, nicht abgetreten werden. Eine solche Betrachtungsweise mag für § 419 in Frage kommen, da dieser dem Schutz der Gläubiger des Veräusserers gewidmet ist. Die Gläubiger könnten sich nämlich zu der Zeit, in der das übernommene Vermögen noch dem Veräusserer gehörte, zwangsweise nur aus den Gegenständen befriedigen, die nicht unter die Pfändungsgrenzen fallen. Das Ziel des § 1365 ist jedoch ein anderes. Die Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage wird nicht nur dadurch gewährleistet, daß diejenigen Werte dem Vermögen erhalten bleiben sollen, in die vollstreckt werden kann. Es gehören in erster Linie die Werte zum Vermögen, die dem Zusammenleben der Ehegatten bzw. der Familie dienen (Vgl. hierzu z.B. § 811 Ziff. 1 und 2 ZPO), dann die Erwerbsgegenstände (vgl. hierzu z.B. § 811 Ziff. 4 und 5 ZPO), das Arbeitseinkommen bzw. Pensionsansprüche (vgl. hierzu § 850 ZPO) und schliesslich alle übrigen Vermögenswerte. Eine Übertragung der Grundsätze des § 419 auf § 1365 erweist sich hier als unmöglich. Auf die Pfändungsgrenzen kann es im § 1365 nicht ankommen.

Auch die Argumentation des OLG Frankfurt bezüglich der Pensionsansprüche überzeugt nicht. Wenn nach § 1417 alle die Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können, dem Sondergut vorbehalten sind, so soll damit der Grundsatz, daß gewisse Gegenstände unübertragbar sind, auch bei der durch den Abschluß des Ehevertrages veranlassten Universalsukzession Beachtung finden. (§ 1416) Unübertragbare Gegenstände sollen auch nicht in das Gesamthandsvermögen, das mit der Vereinbarung der Gütergemeinschaft beiden Ehegatten zusteht, übergehen können. Das ist wohl der eigentliche Grund für die Ausscheidung

dieser Gegenstände aus dem Gesamtgut. Bei der Zugewinn-
gemeinschaft besteht aber kein gemeinsames Vermögen. Ein
Übergang solcher Gegenstände in das Vermögen des anderen
Ehegatten kommt damit gar nicht in Betracht.

Daß über solche Gegenstände nicht verfügt werden kann,
darf bei der Bewertung des Vermögens keine Rolle spielen.
Maßgebend ist allein, ob nach der Verfügung der Familie
noch Werte verbleiben, aus denen sie ihren Unterhalt
ziehen kann.

Der Begründung des OLG F r a n k f u r t kann deshalb
nicht gefolgt werden. Auch unpfändbare Pensionsansprüche
sind bei der Bewertung des Vermögens zu erfassen.

b) Dagegen können wertlose Gegenstände nicht mehr zum Vermö-
gen in § 1365 gezählt werden. Es können nur solche Gegen-
stände zum Vermögen gehören, die in irgendeiner Beziehung
einen Wert für die Erhaltung der wirtschaftlichen Grund-
lage der Familie oder des Zugewinnausgleichsanspruches
haben, sei es, daß sie in Geld umsetzbar sind, oder daß
sie Erwerbszwecken oder der Erhaltung des Gemeinschafts-
lebens dienen.⁴⁷⁾

3) Nach der von N i p p e r d e y gegebenen Begriffsbe-
stimmung ist Vermögen eine G e s a m t h e i t von Rech-
ten. Hat das nun zu bedeuten, daß der Begriff des Vermö-
gens notwendig einschliesst, daß zu diesem mehrere Gegen-
stände gehören oder können auch einzelne Gegenstände als
Vermögen bezeichnet werden?

a) Diese Frage wurde häufig zu § 419 BGB erörtert.

Die überwiegende Ansicht⁴⁸⁾ sieht dort auch einzelne Gegen-
stände als Vermögen an, sofern sie von der Verkehrsauf-
fassung als solche angesehen werden. Es muß sich um einen

47) Ähnlich E p p i g aaO. S. 27; R e i n i c k e NJW 57, 889 ff.

48) R G Z 134, 124 f. P a l a n d t - L a u t e r b a c h
§ 419 A. 2; B G B - R G R K § 419 A. 1

Vermögensinbegriff handeln wie z.B. ein Grundstück.⁴⁹⁾
Nicht jeder Gegenstand kann nach Ansicht des R G ⁵⁰⁾
als Vermögen im Sinne des § 419 angesehen werden, weil er
das einzige Gut des Veräußerers ist. Als Beispiele führt
es ein Kleidungs- oder Möbelstück, ein Haustier an.

Dagegen wollen andere⁵¹⁾ nur einen Inbegriff von Sachen
und Rechten als Vermögen bezeichnen, unter ihnen L e h -
m a n n und S c h m i d t , die aber bei einzelnen
Gegenständen von erheblichem Vermögenswert sich für eine
entsprechende Anwendung des § 419 aussprechen.

Im praktischen Ergebnis kommen sich damit beide Meinungen
entgegen, da auch die erste Ansicht verlangt, daß der
Gegenstand einen erheblichen Vermögenswert hat.

R o s p a t t ⁵²⁾ lässt jeden einzelnen Gegenstand unter
den Begriff des Vermögens fallen. Er lehnt eine Auswahl
der Gegenstände nach ihrem Wert ab.

Die Ansicht der beiden zuerst genannten Meinungen ist
daraus zu erklären, daß § 419 das Vermögen als Kreditunter-
lage der Gläubiger des Veräußerers schützen soll. Es
muß sich also um Werte handeln, die eine Befriedigung der
Gläubiger garantieren. Das sind in der Regel nur Gegen-
stände, die als Vermögensinbegriff bezeichnet werden.

- b) Für § 1365 kommt es wieder darauf an, daß sein Zweck in
dem Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie und
des Zugewinnausgleichsanspruchs besteht. Entscheidend
kann deshalb nicht sein, daß das Vermögen sich aus mehre-
ren Gegenständen zusammensetzt, oder daß es sich um einen
Vermögensinbegriff handelt. Es muß vielmehr auf den Wert
der Gegenstände, den diese im Hinblick auf die Erfüllung

49) R G Z 134, 124 und R G Seuff Arch 83 Nr. 65

50) R G Z 134, 124

51) B i b e r g e i l, Vermögensübernahme, S. 14; E n n e -
c c e r u s - L e h m a n n, Lehrbuch § 86 II 1b;
S o e r g e l - S i e b e r t - S c h m i d t § 419 A.5

52) JR 34, 51

dieses Zweckes haben.⁵³⁾ Diesen Zweck können auch einzelne verwertbare Gegenstände erfüllen. Voraussetzung ist deshalb nur, daß eine Verwertung derselben für die wirtschaftliche Grundlage der Familie oder den Zugewinnanspruch in Betracht kommen kann. Erforderlich kann auch hier wieder nicht sein, daß sie für den Umsatz als wertvoll erscheinen, sondern es muß genügen, daß ihr Wert sich aus ihrer Verwendung ergibt. Man denke z.B. an eine Nähmaschine eines Schneiders. Sie dient letzten Endes dem Unterhalt der Familie, kann aber im Umsatz keinen erheblichen Wert mehr haben.

II. Das Verhältnis der Aktiven und Passiven

Die Feststellung, welche Gegenstände zum Aktivvermögen in § 1365 gehören, kann für die Bestimmung des Begriffes Vermögen noch nicht genügen. Fraglich ist nämlich, ob dieses Aktivvermögen zu den Passiven des Inhabers der Aktivwerte in Beziehung gesetzt werden muß. Liegt z.B. schon eine Verfügung über das gesamte Vermögen vor, wenn nur ein Teil des Aktivvermögens veräußert wird, der andere zurückbleibende Teil gerade dazu ausreicht, um die Schulden zu decken? Wie ist es, wenn das gesamte Aktivvermögen in einem Grundstück besteht, das mit einer

53) Ebenso BayObLG FamRZ 60, 31ff - NJW 60, 821 ff. LG Itzehoe FamRZ 59, 249; LG Siegen FamRZ 59, 64; Achilles - Greiff - Beitzke § 1365 A.2; Palandt - Lauterbach § 1365 A.2; BGB - RGRK § 1365 A.7; Bärman, JZ 58 226, Berges KTS 58, 65 ff; Boesebeck Betr. 58, 1147; Haegeler RpfL 59, 5 u. 243; Lehmann, Familienrecht S. 84/85; Lorenz JZ, 59, 106; Lüthgen GmbH Rsch 57, 166, Massfelder Betr. 57, 499; Merdsche NJW 58, 1729; Obermüller BB 58, 535; Pikalo RdL 58, 288, Anm. 75; Reinicke BB 57, 564 ff; Tiedau MDR 58, 378

Hypothek in Höhe von 50 % belastet ist. Liegt dann eine Verfügung im Sinne des § 1365 vor, wenn das Grundstück mit einer zweiten Hypothek in Höhe von weiteren 50 % belastet wird, oder muß der Wert der neuen Belastung in Beziehung gesetzt werden zum Aktivwert des Grundstückes?

1a) Im Bereich des bürgerlichen Rechtes werden in dieser Hinsicht drei Vermögensbegriffe wie folgt unterschieden:⁵⁴⁾

1. Vermögen ist die Gesamtheit der Aktiven, auf denen die Schulden als eine Last ruhen (juristischer Vermögensbegriff = Bruttovermögen).
2. Vermögen ist die Differenz der Aktiven und Passiven (wirtschaftlicher Vermögensbegriff = Nettovermögen).
3. Das Vermögen besteht aus Aktiven und Passiven. Die letzteren stehen als eine selbständige Größe neben den Aktiven.

b) Je nach Ziel und Zweck der einzelnen Gesetzesbestimmungen muß dieser oder jener Vermögensbegriff angewendet werden.⁵⁵⁾ Am häufigsten wird der juristische Vermögensbegriff gebraucht, z.B. in den §§ 310, 311, 419, 1085 ff. 1822 Ziffer 1 BGB.

Dagegen versteht man in den §§ 1626, 1760, 1802, 1841 BGB und 38 HGB unter Vermögen die Aktiven und Passiven im Sinne des hier angeführten dritten Vermögensbegriffes.

Der wirtschaftliche Vermögensbegriff hat für die Berechnung des Anfangs- und Endvermögens gesetzlich seinen

54) Vgl. Enneccerus - Nipperdey, Lehrbuch 1. Hb. § 131 I 4; BGB - RG RK § 90 A.17; Staudinger - Coing Vorbem. zu § 90.

55) Vgl. hierzu die allgemeinen Übersichten. Nachweise siehe Anm. 54

Niederschlag in den §§ 1374 ff BGB gefunden. Auch innerhalb des § 1360 BGB, der die Ehegatten zum Unterhalt der Familie verpflichtet, wird die wirtschaftliche Betrachtungsweise angewendet. Im Rahmen des § 419 BGB ist bei der Beurteilung, ob eine Vermögensübernahme vorliegt, wenn nur das wesentliche Vermögen übertragen wird - eine Vermögensübernahme liegt ja auch dann vor - und die zurückbleibenden Gegenstände zwar wertvoll, aber dinglich belastet sind, hinsichtlich der zurückbleibenden Gegenstände die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Vordringen. ⁵⁶⁾

- 2a) Die Frage, welcher Vermögensbegriff in § 1365 zu gelten hat, wurde bis jetzt nur selten erörtert.

Das LG Bielefeld, ⁵⁷⁾ Scheffler ⁵⁸⁾ und Eppig ⁵⁹⁾ wenden den juristischen Vermögensbegriff ohne weitere Begründung an.

-
- 56) Es geht hier um die Frage, ob die beim Veräußerer zurückbleibenden Gegenstände, wenn sie dinglich belastet sind, mit ihrem Aktivwert zu berechnen oder ob die Lasten dabei zu berücksichtigen sind. Für die wirtschaftliche Betrachtungsweise: RG in LZ 1933, 1079; KG in JW 36, 3263; OLG Stuttgart NJW 52, 1020; Enneccerus - Lehmann, Lehrbuch § 86 II 1b Anm. 14; Laue AcP 140, 77 ff; Palandt - Danckelman § 419 A.2.
Der BGH in NJW 58, 667 nimmt eine vermittelnde Stellung ein. Es komme auf Art und Weise des Falles an.
Für die juristische Betrachtungsweise: RG in RGZ 80, 260; 82, 277; JW 1919, 822 Nr. 4; Staudinger - Werner § 419 A II 2; Soergel - Siebert - Schmidt § 419 A.4; Bibergeil, Vermögensübernahme S. 15/16
- 57) LG Bielefeld FamRZ 59, 246. Bei der Bewertung des Vermögens werden die Schulden ausser Acht gelassen.
- 58) BGB - RGRK § 1364 A.1;
- 59) Eppig aaO. S. 25

S i c h t e r m a n n ⁶⁰⁾ und S c h u l z - K e r -
s t i n g ⁶¹⁾ dagegen vertreten den wirtschaftlichen Ver-
mögensbegriff.

Der erstere beruft sich auf Ziel und Zweck des § 1365,
der im Vergleich zu § 419 BGB ein anderer sei. Aufgabe
des § 1365 sei, die Ehegatten vor der Entziehung des
Vermögens des anderen Ehegatten zu schützen, da hier-
durch die Unterhaltungspflicht des nicht verfügenden Ehe-
gatten begründet werden könne. Ausserdem werde die
Durchsetzung des Zugewinnausgleichsanspruches durch
§ 1365 zuwiderlaufende Rechtsgeschäfte gefährdet. Die
Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei
deshalb geboten.

S c h u l z - K e r s t i n g zieht die §§ 1374 ff BGB
heran, in denen für den Begriff des Anfangs- und End-
vermögens der wirtschaftliche Vermögensbegriff gesetz-
lich festgelegt ist, da § 1365 dem Schutz eines etwa
entstehenden Zugewinnausgleichsanspruchs diene. Darüber-
hinaus sei diese Betrachtungsweise deshalb zu rechtfertigen,
weil materielle Existenzgrundlage einer Familie
nur das sein könne, was ihr nach Abzug der Passiven an
Werten verbleibe.

Die Anwendung des dritten Vermögensbegriffes wurde für
§ 1365 nicht vorgeschlagen.

- b) Für § 1365 kann die Alternative nur zwischen dem juri-
stischen und wirtschaftlichen Vermögensbegriff gestellt
werden. Der Begriff, der die Aktiva und Passiva neben-
einander erfasst, kann nur in gesetzlichen Bestimmungen
gelten, die sich entweder wie in § 1626 BGB mit der Ver-
mögensverwaltung eines anderen oder wie in § 38 HGB mit
einer Aufstellung des gesamten Vermögens einer Person,

60) Betr. 59, 163

61) JR 59, 135 ff

dort eines Kaufmannes, befassen. Hier müssen die Aktiv- und Passivwerte in gleicher Weise als nebeneinander stehende Größen berücksichtigt werden. Um eine solche Bestimmung handelt es sich aber in § 1365 nicht.

Eine Übertragung der zu § 419 entwickelten Ansicht ist deshalb nicht möglich, wie schon richtig von S i c h - t e r m a n n erkannt wurde, weil § 419 ein anderes Ziel verfolgt, das Vermögen des Veräußerers dort das Haftungsobjekt für die Forderungen der Gläubiger des Veräußerers darstellt. Nicht beachtet wurde, daß die durch § 419 eintretende Folge der Vermögensübernahme, die kumulative Schuldübernahme, bei Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise in § 419 in vielen Fällen nicht notwendig wäre. Nehmen wir an, das gesamte Aktivvermögen des Veräußerers besteht aus Gegenständen, die einen Wert von 20.000 DM haben, die Schulden betragen DM 10.000. Würden wir der wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgen, so läge eine Vermögensübernahme schon vor, wenn Gegenstände im Wert von 10.000 DM veräußert würden. Dann bestünde aber keine Notwendigkeit für eine Schuldmitübernahme, da sich die Gläubiger aus den noch dem Veräußerer gehörenden 10.000 DM befriedigen könnten. Die Anwendung der juristischen Betrachtungsweise ist deshalb für § 419 sicherlich richtig.

In § 1365 besteht die Rechtsfolge eines gegen diese Bestimmung verstossenden Rechtsgeschäftes in der Unwirksamkeit desselben. Zur Befriedigung der Bedürfnisse der Familie würde bei Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes nur das Vermögen des Ehegatten, nicht aber das des Übernehmers dienen können. Die hierzu in § 419 entwickelte Lehre erweist sich als auf § 1365 nicht übertragbar. Für die Anwendung der juristischen Betrachtungsweise besteht deshalb keine Notwendigkeit.

Vielmehr lässt sich die Richtigkeit der Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gerade aus der Tatsache begründen, daß die Rechtsfolge des § 1365 in der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes besteht. Ein wirksamer

Schutz des Zugewinnausgleichsanspruches kann nur dann gegeben sein, wenn auch die Rechtsgeschäfte unwirksam sind, durch die das Entstehen eines Zugewinnausgleichsanspruches verhindert wird. Welches sind aber solche Rechtsgeschäfte? Hierunter fallen schon diejenigen, die zur Folge haben, daß bei Beendigung der Ehe oder des Güterstandes nurmehr soviel Aktiven vorhanden sind, daß durch diese nur die vorhandenen Schulden gedeckt werden können. Ein Zugewinn ist dann nicht entstanden und damit auch kein Ausgleichsanspruch (§§ 1373, 1375 BGB). § 1365 will aber gerade die Vereitelung des Entstehens eines Zugewinnausgleichsanspruches verhindern. Darauf, daß in Zukunft bis zur Auflösung der Ehe sich die Vermögensverhältnisse des verfügenden Ehegatten noch wesentlich ändern können, die Schulden gedeckt oder der Wert der Aktiva steigt etc., können wir es nicht abstellen. Bei der Beurteilung, ob es sich bei den betreffenden Rechtsgeschäften um ein solches über das Vermögen im ganzen handelt, müssen wir von der Entstehung dieses Anspruchs im Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts ausgehen. § 1365 stellt es auf das gegenwärtige Vermögen ab. Es ist auch nicht möglich, erst in der Zukunft liegende Komponenten, für deren Eintritt keinerlei Gewißheit besteht, zu berücksichtigen. Ein Schutz dieses Anspruchs ist also nur dann gegeben, wenn man der wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgt. S c h u l z - K e r s t i n g s Ansicht, daß die vom Gesetzgeber für den Begriff des Anfangs- und Endvermögens verwendete wirtschaftliche Betrachtungsweise auch auf den Vermögensbegriff in § 1365 Einfluss habe, erhält durch diese Überlegung ihre Begründung.

Nicht nur der Schutz des Zugewinnausgleichsanspruchs erfordert die Anwendung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes, sondern auch die Sicherung der Lebensgrundlage der Familie. S i c h t e r m a n n weist hier richtig darauf hin, daß Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen eine Unterhaltspflicht des anderen Ehegatten nach sich ziehen können. Man denke z.B. daran, daß ein Ehegatte

sein gesamtes Vermögen veräußert und die für die Veräußerung erlangten Werte verschleudert, die Familie aber auf das Vermögen des verfügenden Ehegatten für ihren Unterhalt angewiesen war.

Aus dem eben Gesagten ergibt sich aber noch keine Begründung für die Verwendung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes.

Dafür beruft sich S c h u l z - K e r s t i n g darauf, daß materielle Existenzgrundlage nur das sein kann, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt. Diese Ansicht kann dadurch gestützt werden, daß in § 1360 BGB für den Begriff des Vermögens die wirtschaftliche Betrachtungsweise angewendet wird, und § 1365 eine Vorschrift ist, die den Unterhalt der Familie sichern soll. Nach § 1360 entsteht die Pflicht, die Familie mit dem Vermögen angemessen zu unterhalten, wenn die Arbeitskraft des Mannes und auch sonstige Einkünfte der Ehegatten zur Deckung des Unterhaltes nicht ausreichen.⁶²⁾ Erweitert wird diese Vorschrift durch § 1603 II BGB, nachdem die Eltern mit ihren minderjährigen unverheirateten Kindern alle verfügbaren Mittel teilen müssen. Auch in § 1603 II kann es sich nur um solche Mittel handeln, die ihnen nach Abzug der Schulden zur Verfügung stehen.⁶³⁾ Anderenfalls würde die Familie auf Kosten der Gläubiger des Unterhaltsverpflichteten unterhalten. Für den Unterhalt kann deshalb nur das verwendet werden, was nach Abzug der Schulden noch übrig bleibt. Es ist deshalb richtig, wenn S c h u l z - K e r s t i n g seine Ansicht damit begründet, daß nur der Vermögenswert als materielle Existenzgrundlage dienen kann.

Die Richtigkeit dieser Ansicht bestätigt sich auch, wenn man die Konsequenzen, die die Anwendung des juristischen Vermögensbegriffes in § 1365 mit sich bringen würde,

62) Vgl. P a l a n d t - L a u t e r b a c h § 1360, A.3

63) Vgl. P a l a n d t - L a u t e r b a c h § 1603, A.4

bedenkt. Solange der Rechtsträger nicht über alle Aktivwerte verfügt, läge keine Verfügung im Sinne des § 1365 vor, auch wenn er sehr hohe Schulden hätte. Wenn nun aber die Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die nach einer solchen Verfügung noch vorhandenen Aktivwerte betreiben, würden der Familie lediglich die unpfändbaren Gegenstände verbleiben.

Aus denselben Gründen kann auch in § 1822 Ziff. 1 BGB der juristische Vermögensbegriff nicht angewendet werden. § 1822 Ziff. 1 ist genauso wie § 1365 eine Vorschrift, die den Zweck verfolgt, dem Mündel die Vermögenswerte zu erhalten, aus denen er gegebenenfalls seinen Unterhalt bestreiten kann. Da er seinen Unterhalt oft nur ungenügend oder gar nicht vom Unterhaltspflichtigen erlangen kann, bedarf sein Vermögen eines besonderen Schutzes. Würde eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erst zu einem Verpflichtungsgeschäft, das die Verfügung über alle Aktiven zum Gegenstand hat, erforderlich sein, so könnte auch hier der Fall eintreten, daß bei Rechtsgeschäften, die eine Verfügung über nur einen Teil der Aktiva beinhalten, bei Verschuldung des Mündels ihm kein verwertbares Vermögen mehr verbliebe. Wenn nämlich die Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die noch nach der Vornahme der Verfügung vorhandenen Aktiven betreiben, kann er sich nur auf die Pfändungsgrenzen berufen. Davor soll aber der Mündel gerade durch die Genehmigungspflicht solcher Rechtsgeschäfte bewahrt werden.

K r e g e l,⁶⁴⁾ der als Einziger in einer Gesamtdarstellung über den Begriff Vermögen im BGB § 1822 Ziff. 1 erwähnt, hat sich dort für den juristischen Vermögensbegriff ausgesprochen. Diese Ansicht muß jedoch aus den vorgenannten Gründen abgelehnt werden. Er hat ohnedies eine Begründung dafür nicht gegeben. Deshalb führt die Heranziehung des § 1822 Ziff. 1 bei der Auslegung des § 1365 hinsichtlich dieser Frage zu keinem anderen Ergebnis.

Bei der Begründung dieser Betrachtungsweise wurde bis jetzt nur immer von der V e r ä u s s e r u n g des Vermögens ausgegangen. Noch deutlicher wird aber die Notwendigkeit der Verwendung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes, wenn es sich um die B e l a s t u n g eines Gegenstandes handelt, der das gesamte Vermögen darstellt. Wir erinnern an den Fall, bei dem ein Grundstück, das das alleinige Vermögen des Eigentümers darstellt, schon in Höhe von 50 % mit einer Hypothek belastet war und dann mit einer weiteren 50%igen Hypothek belastet werden sollte. Würde man hier der juristischen Betrachtungsweise folgen, dann fiel nur dann eine Belastung unter § 1365, wenn das Grundstück überhaupt noch nicht belastet ist und diese in Höhe von 100 % erfolgt. Dies würde aber dem Sinn des § 1365 widersprechen und weitgehend eine Möglichkeit zur Umgehung der Vorschrift bieten. Vielmehr muß die neue Belastung zu dem Wert des Grundstückes, den es nach Abzug der ersten Belastung hat, in Beziehung gesetzt werden. Für § 1365 kann deshalb nur der wirtschaftliche Vermögensbegriff gelten.

§ 5

Der Begriff "Vermögen im g a n z e n"

Nachdem wir den Begriff Vermögen geklärt haben, bleibt uns noch festzustellen, was unter dem "Vermögen im g a n z e n" zu verstehen ist. Muß es sich um ein Rechtsgeschäft über sämtliche Gegenstände handeln, oder genügt es, wenn das wesentliche Vermögen oder ein Bruchteil Gegenstand des Rechtsgeschäftes ist?

Das wesentliche Vermögen

- 1) § 1365 gebraucht den Ausdruck Vermögen im ganzen. Daraus könnte man schliessen, daß nur dann, wenn über alle dem Ehegatten gehörenden Gegenstände verfügt werden soll, ein Rechtsgeschäft nach § 1365 vorliegen würde. Wenn dagegen einzelne Gegenstände dem Veräusserer verbleiben, wäre eine Zustimmung des anderen Ehegatten nicht erforderlich.

Die gleiche Problematik hat die Rechtslehre und Rechtsprechung schon innerhalb des § 419⁶⁵⁾ beschäftigt, der zwar schlechthin von einer Vermögensübernahme spricht und nicht den Ausdruck Vermögen im ganzen verwendet. Gemeint ist in § 419 aber ebenfalls das ganze Vermögen. Man stellt es dort auf die sogenannte "Kreditunterlage" ab. Das Verbleiben einzelner geringwertiger Gegenstände beim Veräusserer läßt den Charakter einer Vermögensübernahme unberührt. Das wesentliche Vermögen bildet die Haftungsgrundlage für die Schulden des Veräusserers.

Das gleiche hat auch für § 1365 zu gelten. Hier bietet das wesentliche Vermögen eine Sicherung der familiären Ansprüche. Auf geringwertige, dem Ehegatten verbleibende Gegenstände kann es nicht ankommen. Anderenfalls würde § 1365 auch nur selten durchgreifen, und einer Umgehung dieser Vorschrift wäre Tür und Tor geöffnet. Diese Meinung wird in Rechtslehre und Rechtssprechung auch allgemein vertreten.⁶⁶⁾

- a) Schwierigkeiten entstehen nur bei der Abgrenzung im Einzelfall, ob der Ehegatte über Gegenstände, die sein wesent-

5) Vgl. Palandt - Danckelmann § 419 A.2, BGB - RGRK § 419 A.12; Staudinger - Werner § 419, A I 2; Enneccerus - Lehmann, Lehrbuch, § 86 II 1b

5) LG Bielefeld FamRZ 59/246; Erman - Finke § 1365 A.4; Palandt - Lauterbach § 1365 A.2; BGB - RGRK § 1365 A.6; Bosch FamRZ 58, 294; Cuntz BB 58, 1226 ff; Finke MDR 57, 515; Koeniger DRiZ 59, 372; Meyer - Stoltz, FamRZ 59, 228; Reinicke - Schwarzhaupt, Gleichberechtigung, S.16; Schulz - Kersting, JR 59, 139

liches Vermögen sind, verfügt hat oder nicht. Dies kann generell nicht bestimmt werden. Es kommt hierbei auf den Einzelfall an. Richtungsweisend muß für uns wieder der Zweck des § 1365 sein. Es muß also darauf ankommen, ob die zurückbleibenden Gegenstände im Verhältnis zu den das wesentliche Vermögen ausmachenden Gegenständen, über die verfügt werden soll, für die Erhaltung der Familie bei Ausfall der Arbeitskraft des Ernährers für einen längeren Zeitraum eine unbedeutende Rolle spielen. Hierbei ist der Lebensstandard des verfügenden Ehegatten in Betracht zu ziehen. Es soll ja die wirtschaftliche Grundlage dieser bestimmten Familie, die in den bestimmten Verhältnissen lebt, gesichert werden, desgleichen der Zugewinnausgleichsanspruch, der auch den Verhältnissen der Ehegatten entsprechen sollte. In jedem einzelnen Fall ist deshalb der Wert des sogenannten wesentlichen Vermögens zum Wert der zurückbleibenden Gegenstände in Beziehung zu setzen. Je höher der Wert des sogenannten wesentlichen Vermögens ist, umso höher kann auch der Wert der zurückbleibenden Gegenstände sein.

- b) Hinsichtlich des Wertes der zurückbleibenden Gegenstände ist auch hier die wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden, wenn diese mit dinglichen Rechten belastet sind. Die Richtigkeit dieser Betrachtungsweisen ergibt sich daraus, daß die zurückbleibenden Gegenstände als Grundlage für den Familienunterhalt in Betracht zu ziehen sind. Wertvolle Gegenstände, die aber erheblich belastet sind, können eine solche nicht bilden.

II. Der Bruchteil des Vermögens

Vielfach wird die Frage erörtert, ob § 1365 auch auf Rechtsgeschäfte über den Bruchteil des Vermögens auszuweiten sei. Man lehnt sich hierbei an die Fassung des § 311 BGB an, der auch Rechtsgeschäfte über den Bruchteil des Vermögens erfasst.

- 1) Die überwiegende Ansicht⁶⁷⁾ läßt den Bruchteil des Vermögens nicht unter § 1365 fallen, es sei denn, dieser Bruchteil stelle das wesentliche Vermögen dar, oder es würde durch mehrere Rechtsgeschäfte über Bruchteile eine Umgehung des § 1365 versucht. Eine andere Meinung wird lediglich von R e i n i c k e⁶⁸⁾ und R i t t n e r⁶⁹⁾ vertreten.
- 2) Eine Heranziehung des § 311 für die Auslegung des § 1365 wurde aber schon abgelehnt.⁷⁰⁾ Nicht zu übersehen ist aber, daß in einigen Kommentaren zu § 1444 a.F.⁷¹⁾ die Auffassung vertreten worden ist, daß dieser auch bei Rechtsgeschäften über einen Bruchteil des Gesamtgutes anzuwenden sei. Für diesen Fall wäre die Heranziehung des § 1444 a.F. für die Auslegung des § 1365 unbedenklich, da die Verschiedenheit in den Vermögensverhältnissen der Ehegatten hierbei keine Rolle spielt. Jedoch muß die Richtigkeit dieser Ansicht schon für § 1444 a.F. angezweifelt werden. Wir werden, da es sich für beide Bestimmungen um das gleiche Problem handelt, diese Frage gleich an Hand des § 1365 erörtern.
- 3) Wollte man auch Rechtsgeschäfte über Bruchteile unter § 1365 fallen lassen, so würde dies eine Ausdehnung dieser Vorschrift bedeuten. § 1365 ist aber eine Ausnahmebestimmung gegenüber § 1364, der die Verwaltungsfreiheit der Ehegatten statuiert. Deshalb ist § 1365 eng auszulegen.

67) B G B - R G R K § 1365, A.10 u.11; P a l a n d t -
L a u t e r b a c h § 1365 A.2; H a e g e l e, Rpfl. 59, 5;
K o e n i g e r DRiZ 59, 372; T i e d a u MDR 58, 377 ff

68) BB 57, 564

69) FamRZ 61, 16

70) Vgl. I. Kap. § 3 II

71) P l a n c k - U n z n e r A.2; B G B - R G R K 8. Aufl.
A.4; S o e r g e l - V o g e l 8. Aufl. A.1

Eine Rechtfertigung dieser Ansicht auf Grund des Zweckes der Vorschrift besteht nicht, da bei einer Verfügung über einen Bruchteil noch nicht von einer Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage und des Zugewinnausgleichsanspruches gesprochen werden kann.

Rechtsgeschäfte über Bruchteile fallen also nicht unter § 1365, es sei denn, daß der Bruchteil das wesentliche Vermögen des Ehegatten darstellt, oder daß durch dieses Rechtsgeschäft § 1365 umgangen werden soll.

III. Kapitel

Der Begriff der "V e r f ü g u n g" über das

Vermögen im ganzen ⁷²⁾

Nach § 1365 bedürfen alle Rechtsgeschäfte, in denen sich ein Ehegatte verpflichtet, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen, der Einwilligung des anderen Ehegatten. Es können Verpflichtungsgeschäfte jeder Art sein. Sie müssen lediglich den Ehegatten verpflichten, V e r f ü g u n g e n über alle sein wesentliches Vermögen ausmachenden Gegenstände vorzunehmen. Hat sich nun aber der Ehegatte ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so bedürfen dann die entsprechenden Verfügungsgeschäfte der Einwilligung. Wir müssen deshalb fragen, was unter dem Begriff "Verfügung" über das Vermögen im ganzen zu verstehen ist.

§ 6

Grundsätzliches zum Begriff Verfügung in § 1365

Ehe wir diesen Begriff definieren können, müssen wir klarstellen, ob in § 1365 wirklich der Begriff V e r f ü g u n g maßgebend ist.

I. Die Unterscheidung der Begriffe Erfüllen, Verwalten und Verfügen in § 1365

- 1) § 1365 I 2 gebraucht statt des Wortes Verfügen den weiteren Begriff E r f ü l l e n . Aus dieser Wortfassung will S c h u l z - K e r s t i n g ⁷³⁾ entnehmen, daß von § 1365 alle Erfüllungsgeschäfte, die das gesamte Vermögen

72) Der Ausdruck Verfügung über das Vermögen im ganzen ist inkorrekt, da solche nur über die einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenstände möglich sind. Der Einfachheit halber werden wir trotzdem diese Ausdrucksweise öfters verwenden.

73) JR 59, 136 ff

betreffen, erfasst werden. Er begründet seine Ansicht damit, daß § 1365 nur im Zusammenhang mit § 1364 zu verstehen sei, der den Begriff *V e r w a l t e n* verwende. Dieser sei der wirtschaftliche Oberbegriff für Verpflichtungs-Erfüllungs- und Verfügungsgeschäfte.

Auch *B ä r m a n n*⁷⁴⁾ nimmt Bezug auf den Begriff Verwalten und will auch "faktische Verfügungshandlungen" unter § 1365 fallen lassen.⁷⁵⁾

- 2) Wenn *S c h u l z - K e r s t i n g* von der Wortfassung des § 1365 I 2 ausgeht, so übersieht er, daß diese Fassung auf dem bei Verfügungsgeschäften herrschenden Spezialitätsprinzip in unserem bürgerlichen Recht beruht. Es können nämlich nur Verpflichtungsgeschäfte über das Vermögen als *s o l c h e s* abgeschlossen werden. Dagegen bedürfen Verfügungen eines eigenen Rechtsgeschäftes über jeden einzelnen Gegenstand. Aus diesem Grunde gebraucht § 1365 I 2 die Ausdrucksweise Erfüllung der Verpflichtung.

Auch die Berufung auf den in § 1364 gebrauchten Ausdruck Verwalten ist nicht zutreffend. § 1364 bestimmt nämlich in seinem 2. Halbsatz, daß der Ehegatte nach Maßgabe der *f o l g e n d e n* Vorschriften in der Verwaltung seines Vermögens beschränkt ist. Es sollen also nur die in den §§ 1365 und 1369 erwähnten Rechtshandlungen an die Zustimmung des anderen Ehegatten gebunden sein. Die Rede ist dort aber nur von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften, und nicht von Verwaltungshandlungen schlechthin.

Aus dem Erörterten ergibt sich, daß § 1365 nur Verfügungsgeschäfte und die ihnen vorausgehenden Verpflichtungsgeschäfte erfassen will. Der Begriff Verfügung bedarf deshalb einer Klärung.

74) JZ 58, 226

75) Ähnlich *S c h e f f l e r* in BGB-RGRK § 1365 A.23, der unter die Verfügung auch die Mahnung, Vermischung, Verarbeitung, Verbindung und die Übertragung des Besitzes fallen lassen will.

II. Der Begriff Verfügung im allgemeinen

Der Begriff Verfügung wird im allgemeinen in folgender Weise definiert: "Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, das auf dem Bestand eines Rechtes unmittelbar einwirkt."⁷⁶⁾ Entscheidend ist, daß die Einwirkung auf das Recht unmittelbar durch das Rechtsgeschäft, das als Verfügung angesehen werden soll, vermittelt wird.

Die Verfügung kann in der Übertragung, der inhaltlichen Änderung, der Belastung oder Aufhebung eines Rechtes bestehen. Es muß sich also um ein Rechtsgeschäft handeln. Akte der Zwangsvollstreckung und Prozeßhandlungen sind keine Verfügungen.

III. Grundlegende Gesichtspunkte für die Erarbeitung des Begriffes "Verfügung über das Vermögen im ganzen"

Es wird sich bei der Erörterung der einzelnen Arten der Verfügungen zeigen, daß dieser eben gebrauchte Verfügungsbegriff für § 1365 in gewisser Hinsicht einer Abänderung bedarf.

Hierbei muß uns die Erwägung leiten, daß § 1365 die Verwaltungsfreiheit der Ehegatten zum Schutz familiärer Ansprüche einschränken will. Eine solche Einschränkung darf aber nur soweit gehen, als es der Schutz der Interessen der Familie bedarf. Daraus wird sich eine Einengung des Begriffes Verfügung ergeben.

Dafür wird aber der Schutz der genannten Ansprüche in mancher Beziehung auch eine Erweiterung des Begriffes erfordern. Wir werden z.B. auch gewisse Prozeßhandlungen, die ähnliche Erfolge wie Verfügungsgeschäfte herbeiführen, unter § 1365 fallen lassen müssen.

76) So L e h m a n n , Allg. Teil § 15 II 1. Ähnlich E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y, Lehrbuch, 3. Hb., § 143 II; P a l a n d t - D a n c k e l m a n n Übl. vor § 104 A 4 3 d

Eine eigene Gestaltung dieses Begriffes wird auch deshalb notwendig sein, weil § 1365 lediglich Verfügungen, die das gesamte bzw. wesentliche Vermögen eines Ehegatten erfassen, unter seinen Schutz stellen will. Wir werden sehen, daß der Begriff "Verfügung über das Vermögen im ganzen" sich an dem im II. Kapitel definierten Begriff "Vermögen im ganzen" ausrichten muß. Wenn Vermögen im ganzen der Wert ist, der sich aus der Differenz der Aktiven und Passiven des Ehegatten errechnet und sich als wesentliches Vermögen des Ehegatten darstellt, so muß eine Verfügung über das Vermögen im ganzen das Rechtsgeschäft sein, auf Grund dessen von dem Wert des vor der Verfügung bestehenden Vermögens nur so viel Vermögen dem Ehegatten verbleibt, daß der Wert dieser zurückbleibenden Gegenstände im Verhältnis zu dem Wert des vor der Verfügung bestehenden Vermögens unbedeutend erscheint. Nur wenn durch die Verfügung dieses Ergebnis erreicht wird, kann eine Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie und des Zugewinnausgleichsanspruches eintreten. Nur dann ist die Einschränkung der Verwaltungsfreiheit gerechtfertigt.

IV. Die Bedeutung des Entgelts

Eine Verfügung über das Vermögen im ganzen muß zur Folge haben, daß dem Ehegatten nur unbedeutende Werte seines Vermögens verbleiben. Muß man bei der Beurteilung, ob im Einzelfall eine Verfügung über das Vermögen im ganzen vorliegt, das vom Geschäftspartner erhaltene Entgelt den zurückbleibenden Gegenständen zugerechnet werden und dann dieser Gesamtwert zu dem Wert des vor der Verfügung dem Ehegatten zustehenden Vermögens in Beziehung gesetzt werden? Anders gefragt, ist es für die Anwendbarkeit des § 1365 von Bedeutung, ob die Verfügung gegen ein Entgelt vorgenommen wird oder nicht?

- 1) Die überwiegende Ansicht,⁷⁷⁾ unter ihnen das Bay ObLG und B o s c h, nimmt an, daß es im § 1365 nicht darauf ankomme, ob die Verfügung entgeltlich oder unentgeltlich erfolge. Man beruft sich auf die Rechtsprechung zu § 419 BGB,⁷⁸⁾ für den entwickelt wurde, daß eine Vermögensübernahme auch dann vorliege, wenn der Veräußerer für die Übertragung ein Entgelt erhalten habe.⁷⁹⁾ Anderer Ansicht ist W ö r b e l a u e r,⁸⁰⁾ der nur gewisse Arten entgeltlicher Rechtsgeschäfte unter § 1365 fallen lassen will. Er geht davon aus, daß grundsätzlich nur solche Rechtsgeschäfte von § 1365 erfasst werden, bei denen im Vertrag ausdrücklich erwähnt wird, daß es sich um ein Rechtsgeschäft über das gesamte Vermögen des Verfügenden handelt. Hierzu beruft er sich auf die Rechtsprechung des RG zu § 1444 a.F.,⁸¹⁾ das diese Vorschrift auf einen Vertrag anwendete, in dem erwähnt war, daß die zu veräußernden Gegenstände das gesamte Vermögen der Verfügenden darstellten.⁸²⁾ W ö r b e l a u e r sieht dann ein, daß der Zweck des § 1365 erfordert, daß dieser auch auf andere
- 7) Bay ObLG FamRZ 60, 32 = NJW 60, 821 ff; B o s c h FamRZ 58, 294; E r m a n - F i n k e § 1365 A.3; K r ü - g e r - B r e e t z k e - N o w a c k § 1365 A.1; M a s s f e l l e r - R e i n i c k e § 1365 A.2; H a e g e l e Rpfl. 59, 6 u. 244; T i e d a u, MDR 58, 378 u. 59, 81; S i c h t e r m a n n Betr. 59, 163
- 8) z.B. Bay ObLG FamRZ 60, 32 = NJW 60, 821 ff
- 9) RGZ 137, 52; 148, 265; 69, 287; 82, 277; BGB - RG RK § 419 A.4; P a l a n d t - D a n c k e l m a n n § 419 A.2; S o e r g e l - S i e b e r t - S c h m i d t § 419 A.4; S t a u d i n g e r - W e r n e r § 419 A.II 2; B i b e r g e i l, Vermögensübernahme S.19 ff; B l o - m e y e r, Schuldrecht § 44 VI; E n n e c c e r u s - L e h m a n n, Lehrbuch, § 86 II 1 b
- 0) NJW 60, 794 ff
- 1) RGZ 94, 314 ff
- 2) Auf die Frage, ob die Übertragung der Rechtsgedanken dieser Entscheidung auf § 1365 in der Weise, wie sie von W ö r b e l a u e r vorgenommen wird, zu rechtfertigen ist, werden wir noch einzugehen haben. Vgl. Kap.IV, § 13 II

Rechtsgeschäfte angewendet werde. Er verlangt aber, daß diese Rechtsgeschäfte, also solche, bei denen im Vertrag nicht erwähnt ist, daß es sich um ein Rechtsgeschäft über das Vermögen im ganzen handelt, unentgeltlich vorgenommen werden. Aus dieser Reihe will er jedoch alle Rechtsgeschäfte über einen Vermögensbegriff wie z.B. ein Handelsunternehmen ausschalten. Solche werden nach seiner Ansicht auch von § 1365 erfasst, wenn sie entgeltlich abgeschlossen werden. W ö r b e l a u e r will auf diese Weise die reinen Umsatz- und Anlagegeschäfte über einzelne Gegenstände aus § 1365 ausscheiden. Er meint, daß durch solche Rechtsgeschäfte eine Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie nicht so leicht eintreten könne, und daß § 1365 sonst eine unnötige Ausweitung erfahre.

- 2) So sehr man versucht ist, nur unentgeltliche Rechtsgeschäfte unter § 1365 fallen lassen zu wollen, weil dem Vermögen des Verfügenden bei entgeltlichen Rechtsgeschäften ein entsprechender Wert zufließt, so werden wir doch auf Grund verschiedener Erwägungen zur gleichen Ansicht wie die herrschende Meinung kommen müssen.

Die Heranziehung der zu § 419 BGB hierfür entwickelten Grundsätze ist insofern gerechtfertigt, als die dort vertretene Meinung damit begründet wird, daß das Entgelt für die Befriedigung der Gläubiger keine Sicherheit bietet. In der Tat besteht leicht die Möglichkeit, das Entgelt zu verschleiern oder zu verschleudern und die Befriedigung der Gläubiger hierdurch zu gefährden. Für sie bietet lediglich das Realvermögen eine genügende Sicherheit. Das gleiche hat auch für die Sicherung der familiären Ansprüche zu gelten.

Auch entgeltliche Rechtsgeschäfte können diese Ansprüche sehr gefährden. Die Ansicht von W ö r b e l a u e r ist daher nicht zu rechtfertigen. Auch Anlage und Umsatzgeschäfte können die Interessen der Familie beeinträchtigen.

Im übrigen fällt auf, daß das BGB häufig Schenkungen, oder wie es sich anders ausdrückt, unentgeltliche Rechtsgeschäfte verbietet. Wir denken beispielsweise an die §§ 1425 n.F., 1446 a.F., 1804 und 2113 II. Daraus ist zu entnehmen, daß in § 1365 nicht nur unentgeltliche Rechtsgeschäfte gemeint sein können. Dies zeigt sich besonders im Vergleich mit den §§ 1444 a.F. ff, 1423 n.F. ff und 1822 Ziff. 1. Im § 1446 a.F. wird ausdrücklich dem verwaltenden Ehegatten die Vornahme von Schenkungen aus dem Gesamtgut ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verboten. Daneben bestand aber § 1444 a.F. Es müssen deshalb von § 1444 gerade entgeltliche Rechtsgeschäfte erfasst werden. § 1444 wurde dem § 1365 zum Vorbild genommen. Das gleiche hat für § 1822 Ziff. 1 zu gelten, der in dieser Hinsicht eine Ergänzung durch § 1804 erfährt. Der Vormund ist hiernach grundsätzlich zur Vornahme von Schenkungen aus dem Mündelvermögen nicht befugt.

In der Zugewinnngemeinschaft dagegen wurde dem Ehegatten keine generelle Verfügungsbeschränkung in bezug auf Schenkungen auferlegt. Es werden dafür aber unentgeltliche Zuwendungen dem Endvermögen des Ehegatten nach § 1375 II BGB zugerechnet.

Diese Regelung hat ihren Grund darin, daß es sich hier im Gegensatz zu den §§ 1446 a.F. und 1804 um Verfügungen über das eigene Vermögen handelt. Eine generelle Einschränkung in dieser Hinsicht hätte eine zu große Eingenkung der Verwaltungsfreiheit der Ehegatten zur Folge. Dagegen hat man dafür Sorge getragen, daß der Zugewinnausgleichsanspruch hierdurch nicht geschmälert werden kann. Auch hieraus bestätigt sich die Ansicht der herrschenden Meinung.

Eine letzte Begründung ergibt sich schliesslich aus § 1365 II selbst, nach dem die verweigerte Zustimmung eines Ehegatten durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann, wenn es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, das den

Grundsätzen einer ordnungsmässigen Verwaltung entspricht. Gerade entgeltliche Rechtsgeschäfte werden eher einer ordnungsmässigen Verwaltung entsprechen als unentgeltliche. Es zeigt sich also, daß § 1365 auch entgeltliche, und zwar a l l e entgeltlichen Rechtsgeschäfte erfasst, nämlich sogar diejenigen, die einer ordnungsmässigen Verwaltung entsprechen.

Bei der Beurteilung, ob ein Rechtsgeschäft über das Vermögen im ganzen vorliegt, darf nicht berücksichtigt werden, ob die Verfügung entgeltlich oder unentgeltlich vorgenommen wurde. Bei der Berechnung des Wertes der nach Vornahme der Verfügung zurückbleibenden Gegenstände ist das Entgelt nicht in Betracht zu ziehen.

V. Der Abschluß mehrerer Verpflichtungsgeschäfte

Wir sprachen bis jetzt immer von Verfügungsgeschäften. Streng genommen war das gar nicht richtig, denn die Verfügungsgeschäfte selbst bedürfen ja nur dann der Zustimmung des anderen Ehegatten, wie wir noch erörtern werden, wenn das Verpflichtungsgeschäft ohne Zustimmung des anderen Ehegatten vorgenommen wurde. Es fallen also in erster Linie die Verpflichtungsgeschäfte unter § 1365. Wenn aber diese immer eine Verpflichtung zu einer V e r f ü g u n g enthalten müssen, mußten wir und müssen wir uns auch weiter immer wieder mit dem Begriff der "Verfügung über das Vermögen im ganzen" beschäftigen.

- 1) Ein Problem taucht jedoch besonders bei der Vornahme von Verpflichtungsgeschäften auf. § 1365 I 1 spricht nämlich von e i n e m Rechtsgeschäft, in dem sich der Ehegatte verpflichtet, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen. Daraus wäre zu entnehmen, daß Verfügungen, die auf Grund mehrerer Verpflichtungsgeschäfte vorgenommen wurden und eine Entziehung des gesamten Vermögens des Ehegatten nach sich ziehen, von § 1365 nicht erfasst würden. Ist dies aber mit dem Sinn des § 1365 zu vereinbaren?

Es müssen hier zwei Fälle unterschieden werden:

1. Der Ehegatte verpflichtet sich in mehreren Einzelgeschäften gegenüber der s e l b e n Person, über die zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstände zu verfügen.
2. Der Ehegatte verpflichtet sich in mehreren Rechtsgeschäften, die er mit v e r s c h i e d e n e n Personen abschliesst. Ergebnis dieser Rechtsgeschäfte ist, daß er über sein gesamtes Vermögen "verfügt".

2a) Diese Frage hat auch für § 419 BGB Bedeutung gewonnen. Die Ansichten gehen hier fast ausschliesslich dahin,⁸³⁾ daß eine Vermögensübernahme in beiden Fällen angenommen wird. Im letzteren Fall komme es auch nicht darauf an, ob die mehreren Personen in einem Zusammenhang stehen oder nicht. Man begründet diese Meinung damit, daß sonst eine Umgehung des § 419 möglich wäre und dadurch eine Schädigung der Gläubiger des Veräusserers erreicht werden könnte. Die Haftung soll dann anteilmässig unter die Übernehmer aufgeteilt werden.

b) Auch im Rahmen des § 1365 wurde dieses Problem schon wiederholt diskutiert.

Rechtsgeschäfte der ersten Art wollen H a e g e l⁸⁴⁾ und S c h e f f l e r⁸⁵⁾ unter § 1365 fallen lassen. Letzterer rechtfertigt seine Ansicht damit, daß diese Verträge in Wahrheit eine wirtschaftliche Einheit bilden können. Er verlangt jedoch die Absicht der Parteien, durch diese Rechtsgeschäfte eine Verfügung über das gesamte Vermögen des Ehegatten zu erreichen.

Für den zweiten Fall wird das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1365 überwiegend dann bejaht, wenn die mehreren Personen miteinander in Verbindung stehen, wie z.B. bei

83) R G Z 65, 171; 123, 54 zu § 419; P a l a n d t -
D a n c k e l m a n n A 3b; B G B - R G R K A.1;
S o e r g e l - S i e b e r t - S c h m i d t A.3;
S t a u d i n g e r - W e r n e r A.II 2

84) Rpf1. 59,6

85) B G B - R G R K § 1365 A.12

einer BGB-Gesellschaft.⁸⁶⁾ Anders, wenn es sich um Personen handelt, die zueinander in keinerlei Beziehung stehen. Hier lehnt die überwiegende Meinung⁸⁷⁾ die Anwendbarkeit des § 1365 ab. Dagegen hat das OLG H a m m⁸⁸⁾ in einem Fall der Veräusserung zweier Grundstücke, die das gesamte Vermögen des Veräusserers darstellten, an zwei nicht zusammenhängende Personen das Vorliegen des § 1365 bejaht. Die Veräusserung lag nur 5 Tage auseinander. Der Senat verlangte ausserdem für die Anwendbarkeit des § 1365, daß die Vertragsschliessenden gewusst haben, daß es sich um Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen handelte. Wir werden auf diese letztere Frage noch bei der Erörterung der zu § 419 entwickelten subjektiven Theorie einzugehen haben.⁸⁹⁾ Dieser Ansicht folgte auch B r e e t z k e⁹⁰⁾ in seiner Anmerkung zu der genannten Entscheidung.

S c h e f f l e r⁹¹⁾ macht keinen Unterschied, ob die Personen miteinander in Beziehung stehen oder nicht. Er bejaht die Möglichkeit einer Umgehung des § 1365 auf diese Weise und will § 1365 grundsätzlich auf diese Fälle anwenden, jedoch nicht, wenn die Rechtsgeschäfte zu verschiedenen Zeiten vorgenommen werden.

Pikalo⁹²⁾ will sowohl bei Rechtsgeschäften der ersten wie auch bei solchen der zweiten Art, ganz gleich ob die mehreren Personen miteinander in Verbindung stehen oder nicht, § 1365 anwenden. Nach seiner Ansicht genügt es, wenn

86) H a e g e l e Rpfl 59,6; E r m a n - F i n k e § 1365 A.3; a.M. A c h i l l e s - G r e i f f - B e i t z k e § 1365 A.2

87) A c h i l l e s - G r e i f f - B e i t z k e § 1365 A.2; H a e g e l e Rpfl.59,6; E r m a n - F i n k e § 1365 A.3

88) NJW 60, 1466 ff = FamRZ 60, 278 ff

89) Vgl. hierzu Kapit.IV § 13

90) NJW 60, 1466

91) B G B - R G R K § 1365 A.12

92) RdL 58, 289

nach einheitlichem Vorsatz die Übertragungsverpflichtung das ganze Vermögen umfasst und in formell (auch zeitlich) getrennten Einzelakten, die die Verpflichtung beinhalten, eingegangen wird.

- 3) Die letzte Meinung wird dem Zweck des § 1365 am meisten gerecht. Nach dem oben Erörterten schälen sich zwei Hauptgesichtspunkte heraus, einmal die Frage, ob es von Bedeutung ist, daß die Rechtsgeschäfte mit verschiedenen Personen oder nur mit einer einzigen geschlossen werden, zum zweiten, ob ein zeitlicher Zusammenhang der Rechtsgeschäfte erforderlich ist. Es bedarf keiner weiteren Darlegung, daß, wollte man § 1365 auf solche Fälle nicht anwenden, eine Umgehung des § 1365 sehr leicht möglich wäre. Hierdurch wäre Tür und Tor geöffnet für den Ehegatten, der sein Vermögen der Familiengemeinschaft entziehen möchte. Deshalb müssen alle die Rechtsgeschäfte unter § 1365 fallen, die zur Folge haben können, daß das gesamte Vermögen des Ehegatten der Familiengemeinschaft entzogen wird, auch wenn die Entziehung nicht die Folge eines einzigen Verpflichtungsgeschäftes ist.

Es fragt sich nur, wo hier die Grenzen zu ziehen sind. Es ist davon auszugehen, daß § 1365 ein einheitliches Verpflichtungsgeschäft verlangt, das die genannten Folgen zum Ziel hat. Wenn nun aber mehrere Verpflichtungsgeschäfte auf die Erreichung desselben Erfolges ausgehen, so müssen diese Rechtsgeschäfte, um das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1365 bejahen zu können, in einem solchen Zusammenhang stehen, daß diese Trennung in mehrere Akte im Hinblick auf das von ihnen verfolgte Ziel als nicht wesentlich erscheint. Wann besteht aber ein solcher Zusammenhang?

Es kommen hierfür drei Erfordernisse in Betracht:

1. Die einzelnen Rechtsgeschäfte müssen als Teilakte der einen Handlung "Übertragung" des ganzen Vermögens erscheinen.
2. Ergebnis dieser Rechtsgeschäfte muß sein, daß der Ehegatte über sein ganzes Vermögen verfügt.
3. Der Wille des Verfügenden Ehegatten, auf diese Weise über alle zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstände zu verfügen.

In letzterem liegt der Verpflichtungswille, über sein ganzes Vermögen zu verfügen. Dies ist das bindende Moment für die einzelnen Verpflichtungen. Deshalb muß dieser Wille auch schon beim ersten Verpflichtungsgeschäft vorliegen. Aus diesem Grund kann es auch nicht von Bedeutung sein, daß die Rechtsgeschäfte mit mehreren Personen abgeschlossen werden, auch nicht, daß die einzelnen Personen zusammenhängen. Maßgebend für die Annahme, daß "e i n" solches Rechtsgeschäft vorliegt, muß vielmehr sein, daß vom Standpunkt des verfügenden Ehegatten aus gesehen e i n e "Verfügung" über das gesamte Vermögen vorliegt. Von seiner Sicht aus werden auf diese Weise die einzelnen Geschäftspartner zu einer Vertragsgemeinschaft, die ihm als eine Einheit gegenübersteht, zusammengeschlossen. Es ist auch nicht entscheidend, ob die Rechtsgeschäfte zeitlich auseinander fallen oder nicht. Maßgebend ist hier das bindende Glied des Willens des verfügenden Ehegatten. Ein zeitlicher Zusammenhang kann deshalb nicht Voraussetzung sein, sondern lediglich ein Indiz für das Vorliegen eines solchen Willen.

Wir schliessen uns damit der Meinung von P i k a l o an. Unter § 1365 fallen also auch solche Rechtsgeschäfte, bei denen sich der Ehegatte in m e h r e r e n Geschäften gegenüber ein und d e r s e l b e n Person oder gegenüber v e r s c h i e d e n e n Personen verpflichtet, über sein gesamtes Vermögen zu verfügen.

Eine Bestätigung dieser Ansicht finden wir darin, daß § 1365 nicht unbedingt voraussetzt, daß die Verfügungen auf Grund eines V e r p f l i c h t u n g s geschäftes vorgenommen werden müssen. Wenn aber über das gesamte Vermögen ohne Verpflichtungsvertrag "verfügt" wird, ist auch hier der Wille des Ehegatten, über sein gesamtes Vermögen zu verfügen, das bindende Glied, das diese Verfügungen zu der Einheit verbindet, daß sie alle der Zustimmung des anderen Ehegatten nach § 1365 bedürfen.

I. Zusammenfassendes Ergebnis

Zusammenfassend kann nun festgestellt werden, daß der allgemeine Verfügungsbegriff im Hinblick auf den Zweck des § 1365 und die Bedeutung der Vorschrift als Ausnahme gegenüber dem § 1364 einer eigenen Gestaltung bedarf. Wesentliches Erfordernis für die unter § 1365 fallenden Rechtsgeschäfte muß sein, daß die Verfügung zur Folge hat, daß dem Ehegatten nach Vornahme der Verfügung nurmehr ein unbedeutender Vermögenswert verbleibt, wobei das für die Verfügung erhaltene Entgelt nicht zum zurückbleibenden Vermögen hinzuzurechnen ist. Auch die Entziehung auf Grund mehrerer zusammenhängender Verpflichtungsgeschäfte muß von § 1365 erfasst werden.

§ 7

Einzelne Arten der Verfügungen

Die Übertragungsgeschäfte

Die wichtigste Form der Verfügung ist die Übertragung eines Rechtes. Soweit der oder die Gegenstände, über die verfügt werden soll, das ganze Vermögen des Ehegatten darstellen, sind die entsprechenden Rechtsgeschäfte an die Zustimmung des anderen Ehegatten gebunden, weil hierdurch der Familie die Grundlage für die Befriedigung ihrer Ansprüche entzogen wird.

Es kann sich hierbei um Übertragungsgeschäfte jeder Art handeln. In Frage kommen vor allem die Veräusserung von beweglichen und unbeweglichen Sachen, die Abtretung von Forderungen und anderen Rechten wie z.B. Hypotheken, Grundschulden, auch Eigentümergrundschulden,⁹³⁾ Gesellschafts-, oder Erbanteilen.⁹⁴⁾

Auch die Einbringung der gesamten Vermögensgegenstände in eine Gesellschaft oder andere Gemeinschaft muß unter § 1365 fallen.⁹⁵⁾

Nicht zuletzt gehören auch die fiduziarischen Rechtsgeschäfte, wie z.B. die Sicherungsübereignung oder die Sicherungszeession hierher.⁹⁶⁾ Der Fiduziar wird nach aussen Inhaber des betreffenden Rechtes. Der Fiduziant gibt also sein Verfügungsrecht im Aussenverhältnis auf. Im Innenverhältnis dagegen ist der Fiduziar an seine Weisungen gebunden. Bei Fälligkeit seiner Forderung hat er ein Verwertungsrecht an den Gegenständen und nimmt deshalb eine einem Pfandgläubiger ähnliche Stellung ein. Von dieser Seite aus gesehen, gleicht das fiduziarische Rechtsgeschäft einer Belastung. Aber auch Belastungen gehören zu den Verfügungen und können die wirtschaftliche Grundlage der Familie oder den Zugewinnausgleichanspruch gefährden. Wir werden dies anschliessend zu erörtern haben.

II. Die Belastungen

Auch in der Belastung eines Gegenstandes mit einem dinglichen Recht liegt eine Einwirkung auf den Bestand eines Rechtes, ganz gleich ob es sich um die Belastung mit einem Pfandrecht oder einem anderen dinglichen Recht handelt.

93) H a e g e l e Rpf1.59, 246

94) H a e g e l e Rpf1.59, 247

95) Diese umstrittene Frage soll erst im Zusammenhang mit anderen Fragen des Gemeinschaftsrechtes im § 8 I 1 erörtert werden.

96) z.B. B o s c h FamRZ 58, 294; E r m a n - F i n k e § 136 A.3

1) Die Belastung von Gegenständen im allgemeinen

§ 1365 spricht von Verfügungen über das Vermögen im ganzen. Auf den ersten Blick könnte man annehmen, daß deshalb jede Belastung mit einem dinglichen Recht unter § 1365 fallen müsste, wenn nur die zu belastenden Gegenstände das gesamte Vermögen des Ehegatten darstellen. Fraglich ist jedoch, ob nicht nur solche Belastungen von § 1365 erfasst werden sollen, die eine Entziehung der Substanz oder des Nutzungsrechtes in jeder Beziehung zur Folge haben können. Hieraus ergeben sich zwei Fragestellungen:

1. Bedarf die Belastung mit j e d e m dinglichen Recht der Zustimmung des Ehegatten oder nur mit solchen, die dem Erwerber des Rechtes ein Verwertungs- oder weitgehendes Gebrauchsrecht an den Gegenständen einräumen?
2. Muß die Belastung mit einem Verwertungsrecht so hoch sein, daß im Falle der Verwertung der Wert des gesamten Gegenstandes erfasst wird, oder kommt es auf die Höhe der Belastung nicht an?

a) Man ist sich in der Rechtslehre und Rechtsprechung darüber einig, daß die Belastung mit einer Hypothek oder einer Grundschuld unter § 1365 fallen kann.⁹⁷⁾ Auch die Bestellung eines Nießbrauchs wird angeführt.⁹⁸⁾ Dagegen wird die Frage, ob auch die Belastung mit anderen dinglichen Rechten der Beschränkung des § 1365 unterliegt, nur ausnahmsweise diskutiert.⁹⁹⁾ Die Grundbuchämter machen die Eintragung solcher Rechte auch nicht von der Bewilligung des anderen Ehegatten abhängig.

Diese Praxis entspricht zweifellos dem Sinn des § 1365. Der Wortlaut des § 1365 läßt zwar den Schluß zu, daß die Belastung mit jedem dinglichen Recht von § 1365 erfasst

97) z.B. OLG H a m m FamRZ 59, 118 ff = NJW 59, 104 ff = DNotZ 59, 259 = RdL 59, 10; B a y O b L G NJW 60, 821 ff = FamRZ 60, 31 ff; B o s c h FamRZ 58, 289 ff; L o r e n z JZ 59, 105 ff

98) P a l a n d t - L a u t e r b a c h § 1365 A.2

99) Vgl. für das Vorkaufsrecht AG B r e m e n Rpfl. 60, 370 = FamRZ 60, 500

werden solle. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß § 1365 eine Ausnahmenvorschrift gegenüber § 1364 ist. Die Einschränkung der Verwaltungsfreiheit des Ehegatten ist nur insoweit zulässig, als hierdurch eine Gefährdung der Vermögensinteressen des anderen Ehegatten und der Familie entstehen kann. Folge dieser Verfügung muß also sein, daß durch sie eine Entziehung der für den Ehegatten bzw. die Familie eine Sicherheit bietenden Vermögenswerte eintritt. Als Entziehung müssen auch solche Belastungen angesehen werden, die praktisch einer Entziehung der Substanz gleich kommen. Nicht notwendig ist, daß durch die Verfügung selbst schon die Entziehung bewirkt wird. Genügend muß sein, daß durch sie dem Inhaber des Rechtes die Möglichkeit eingeräumt wird, die Entziehung des Gegenstandes bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen durchzuführen.

- aa) In erster Linie muß deshalb die Belastung mit solchen Rechten unter § 1365 fallen, die dem Inhaber des Rechtes ein Verwertungsrecht einräumen. Hierzu gehören das Pfandrecht, die Hypothek, die Grund- und Rentenschuld. Die Belastung mit diesen Rechten kann zur Folge haben, daß der Inhaber des Rechtes, wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, die zwangsweise Befriedigung in den Gegenstand betreibt (§§ 1228, 1147, 1192, 1201 II 2 BGB) und dadurch der Vermögensgegenstand, das Haftungsobjekt für die Bedürfnisse der Familie derselben entzogen wird.¹⁰⁰ Infolgedessen tritt schon bei der Belastung mit einem solchen Recht die Gefahr ein, daß eines Tages dieser Gegenstand dem verfügenden Ehegatten entzogen werden kann.

¹⁰⁰⁾ Bei der Rentenschuld kommt eine zwangsweise Befriedigung wegen der Ablösungssumme nur in dem Ausnahmefall des § 1133 (§ 1201 II 2) in Betracht. Nur wegen dieses Ausnahmefalles zählen wir sie zu den Rechten, bei deren Bestellung eine Zustimmung gem. § 1365 in Frage kommen kann. Hinsichtlich der zwangsweisen Befriedigung wegen der einzelnen Rentenbeträge (§§ 1200, 1118, 1147) verweisen wir auf die Ausführungen zur Reallast, die in dieser Hinsicht der Rentenschuld gleichzustellen ist. (Vgl. § 8 II 1 b ee)

bb) Darüber hinaus muß die Belastung mit all den Rechten von § 1365 erfasst werden, die dem Inhaber des Rechtes ein weitgehendes Nutzungsrecht an dem Gegenstand einräumen, daß dem Eigentümer¹⁰¹⁾ praktisch nur noch sein Eigentumsrecht, losgelöst von den sich sonst aus dem Eigentum ergebenden Rechten verbleibt. Durch solche Belastungen wird der Wert des Gegenstandes erheblich verringert. Der Ehegatte verliert damit zunächst den Wert, den er und seine Familie aus der Benutzung dieses Gegenstandes ziehen könnte. Weiter ergibt sich daraus zwangsläufig eine Entwertung dieses Vermögensgegenstandes selbst, da dieser, belastet mit diesem Recht, nur selten veräußert werden kann. Also hat die Belastung mit einem solchen Recht eine weitgehende Entziehung des Wertes dieses Gegenstandes zur Folge und kommt damit praktisch der Entziehung der Substanz desselben gleich. Deshalb muß auch die Belastung mit solchen Rechten unter § 1365 fallen. Hierzu gehören das Erbbaurecht und der Nießbrauch. Beide haben gemeinsam, daß dem Eigentümer das Besitz- und Nutzungsrecht an dem Gegenstand entzogen wird.

cc) Die anderen Gebrauchsrechte, nämlich die Dienstbarkeiten, fallen dafür nicht unter § 1365. Sie belasten das Grundstück nur in bestimmten Beziehungen, (§§ 1018, 1090 BGB) führen also niemals zu einer völligen Entziehung des Gebrauchsrechtes. Durch die Bestellung solcher Rechte kann also keine Gefährdung der Interessen der Familie eintreten. Sie müssen deshalb aus dem Kreis der Rechte ausgeschieden werden, die von der Beschränkung des § 1365 erfasst werden.

dd) Zwischen den Nutzungs- und den Verwertungsrechten steht die Reallast. Einerseits hat sie Verwandtschaft mit den Dienstbarkeiten. Sie verleiht dem Berechtigten zwar kein direktes Nutzungsrecht an dem Grundstück, er kann jedoch

¹⁰¹⁾ Wir gehen bei der Behandlung des Nießbrauches von dem häufigsten Fall, nämlich der Einräumung des Nießbrauches an Sachen aus.

vom Eigentümer die Entrichtung bestimmter wiederkehrender Leistungen verlangen (§ 1105 BGB).¹⁰²⁾ Das Grundstück wird also durch dieses Recht nur in einzelnen Beziehungen in Anspruch genommen. Es wird durch die Reallast nicht im ganzen erfasst.

Andererseits kann sich der Berechtigte bei Nichtleistung wegen der einzelnen Leistungen gem. den §§ 1107, 1118, 1147 BGB zwangsweise aus dem Grundstück befriedigen. Das zeigt ihre Ähnlichkeit mit den Verwertungsrechten. Wir werden noch erörtern, daß nur solche Belastungen mit Verwertungsrechten unter § 1365 fallen, die den Wert des Grundstückes im wesentlichen ausschöpfen. Die Zwangsvollstreckung findet bei der Reallast nur wegen einzelner Leistungen statt (§§ 1107, 1118, 1147 BGB), so daß das Grundstück durch diese nicht im ganzen erfasst werden kann.

Die Belastung mit einer Reallast kann deshalb nicht als Verfügung über das Vermögen im ganzen angesehen werden.

ee) Eine Sonderstellung unter den Belastungen nimmt das Vorkaufsrecht ein. Es räumt dem Vorkaufsberechtigten lediglich das Recht ein, in einem vom Eigentümer mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrag an Stelle des letzteren einzutreten (§§ 1094, 1098, 504 f BGB). Eine Verpflichtung zur Übereignung geht der Eigentümer damit noch nicht ein. Wenn der Eigentümer einen Kaufvertrag mit einem Dritten abschließt, in den der Vorkaufsberechtigte einzutreten berechtigt wäre, bedürfte dieser ohnedies der Zustimmung des anderen Ehegatten. Die Ausübung des Vorkaufsrechtes würde also von dieser Zustimmung abhängen. Damit kann eine Gefährdung familiärer Interessen durch die Bestellung eines Vorkaufsrechtes noch nicht eintreten.

102) Vgl. hierzu L e n t, Sachenrecht § 76 I

103) Vgl. E n n e c c e r u s - K i p p - W o l f f -
R a i s e r § 126 V l ; B a u r DNotZ 51, 312 f;
B G H RdL 1952, 266 OLG H a m m RdL 1955, 274

Die Belastung mit einem solchen Recht hat auch nicht, wie es vom Amtsgericht B r e m e n ¹⁰⁴⁾ erwogen wird, eine solche Entwertung des Grundstücks zur Folge, daß deswegen eine Verfügung über das Vermögen im ganzen angenommen werden könnte. Der Eigentümer bleibt ja in der Verfügung über das Grundstück völlig frei, weswegen der Wert desselben durch die Bestellung eines Vorkaufsrechts nicht wesentlich beeinträchtigt werden kann.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß nur Belastungen mit solchen Rechten unter § 1365 fallen, die dem Inhaber des Rechtes die Möglichkeit der Entziehung des Gegenstandes, ohne daß es hierzu noch einer Rechts-handlung des Eigentümers bedurfte, einräumen, sei es in der Form der Entziehung der Substanz wie bei den Verwertungsrechten, oder in der Form einer so weit gehenden Entziehung des Nutzungsrechtes, daß hierin praktisch eine Entziehung der Substanz zu sehen ist wie beim Erbbaurecht und dem Nießbrauch.

b) aa) Bei der Belastung mit Verwertungsrechten ist noch fraglich, ob j e d e Belastung mit einem solchen Recht unter § 1365 fallen muß. Erörtert wird dieses Problem nur bei Grundstücken, und zwar für den Fall, daß ein Ehegatte sein Grundstück, das sein gesamtes Vermögen ist, mit einer Hypothek oder Grundschuld belasten will. Ähnliches hat auch für die Rentenschuld zu gelten, nicht zuletzt aber für das Pfandrecht an beweglichen Sachen, Forderungen und anderen Rechten. Wir erörtern diese Frage an Hand der Hypothek und Grundschuld, da sie die praktisch wichtigsten Fälle sind.

Es werden hierzu zwei verschiedene Meinungen vertreten.

Die Anhänger der juristischen Betrachtungsweise, ¹⁰⁵⁾ unter ihnen vor allem B o s c h , H o c h e und ein Teil der

104) RpfL. 60, 370 ff = FamRZ 60, 500

105) B o s c h FamRZ 58, S. 294 Anm. 59; H o c h e NJW 58, 2069; H a e g e l e RpfL. 59, 7 ff u. 249; M e y e r - S t o l t e FamRZ 59, 232; O b e r m ü l l e r BB 58, 535; LG D e t - m o l d NJW 58, 1729; LG S i e g e n FamRZ 59, 64; LG B i e l e f e l d FamRZ 58, 376 (aufgehoben durch OLG H a m m RpfL. 59, 16 ff)

der Gerichte, wollen jede Belastung mit einer Hypothek oder einer Grundschuld unter § 1365 fallen lassen.

Dagegen vertreten unter anderen das B a y o b l G¹⁰⁶⁾ und das OLG H a m m¹⁰⁷⁾ eine wirtschaftliche Betrachtungsweise.¹⁰⁸⁾ Sie nehmen nur dann eine Verfügung im Sinne des § 1365 an, wenn die Belastung den Wert des Grundstückes voll ausschöpft. Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich auf den Zweck des § 1365 und verlangen, daß eine Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz der Familie und eines etwa entstehenden Zugewinnausgleichsanspruches entstehen könne. Das sei aber nur dann der Fall, wenn die Belastung unter Berücksichtigung der bereits bestehenden Belastungen den Wert des Grundstückes in vollem Umfange ergreife. Wollte man dagegen jede Belastung unter § 1365 fallen lassen, so würde hierdurch der Rechtsverkehr unnötig erschwert.

Die Anhänger der juristischen Betrachtungsweise berufen sich auf den Wortlaut der Vorschrift, aus dem nur zu entnehmen sei, daß dann Verfügungen von der Zustimmung des anderen Ehegatten abhängig seien, wenn die Gegenstände, über die verfügt werden soll, das gesamte Vermögen des Ehegatten seien. Jede Hypothek belaste das Grundstück im ganzen, da jedem Hypothekar das Grundstück im ganzen hafte. Ein System fester Pfandstellen wie im gemeinen Recht, das eine Zerlegung des Grundstückes in Wertparzellen und die Belastung solcher Wertparzellen mit Sonderrechten vorsah,¹⁰⁹⁾ sei in das BGB nicht aufgenommen worden.¹¹⁰⁾ Auch eine

106) NJW 60, 821 = FamRZ 60, 31 ff

107) RpfL 59, 16 ff = DNotZ 59, 259 = FamRZ 59, 118 ff

108) OLG Düsseldorf DNotZ 59, 259; LG Berlin FamRZ 59, 64; LG Nürnberg-Fürth FamRZ 59, 247 = NJW 59, 104; LG Oldenburg FamRZ 59, 248 = MDR 59, 573 = DNotZ 59, 204; LG Itzehoe FamRZ 59, 249; LG Kiel JZ 59, 316 = SchlHost Anz. 59, 78; Reithmann DNotZ 61, 5; Schulz-Kersting JR 59, 138; Sichter mann Betr. 59, 164; Tiedau MDR 58, 378 ff u. 59, 81; Merdsche NJW 58, 1729; Lorenz JZ 59, 105 ff; Haegeler RpfL 59, 7; Koeniger DRiZ 59, 372 ff

109) Vgl. hierzu Enneccerus-Kipp-Wolff-Raiser § 143 II

110) Hoche NJW 58, 2069

geringe Belastung gebe dem Inhaber des Rechtes die Befugnis, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu betreiben. Man weist außerdem auf die Schwierigkeiten hin, die sich aus der Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise praktisch für die Grundbuchämter ergeben. Bei der Feststellung, ob jene Belastung eine Verfügung über das Vermögen im ganzen ist, würden erhebliche Schwierigkeiten entstehen, vor allem bei der Abgrenzung, ob schon durch diese Verfügung das Grundstück voll ausgeschöpft ist oder nicht.

Es ist richtig, wenn die Anhänger der juristischen Betrachtungsweise darauf hinweisen, daß durch jede Belastung mit einer Hypothek oder Grundschuld eine Entziehung der Substanz möglich wird. Nach unserer Ansicht bedürfen aber nur solche Verfügungen der Zustimmung des anderen Ehegatten, die zum Ergebnis führen können, daß dem Ehegatten nurmehr unbedeutende Werte seines vor der Vornahme der Verfügung ihm gehörenden Vermögens verbleiben. Wenn der belastete Gegenstand das gesamte Vermögen darstellt, so entzieht eine Belastung nur dann dem Ehegatten oder der Familie die Grundlage für ihre Ansprüche, wenn bei der Verwertung dieses Gegenstandes kein oder nur ein verhältnismässig geringer Resterlös dem verfügenden Ehegatten verbleibt. Erst dann besteht nämlich eine Gefährdung der Ansprüche. Die juristische Betrachtungsweise ist deshalb abzulehnen. Wollte man dieser Ansicht folgen, so würde auch wiederum eine unnötige Einschränkung der Verwaltungsfreiheit der Ehegatten eintreten, da nicht jede Belastung mit einem Verwertungsrecht eine Gefährdung familiärer Ansprüche zur Folge haben muß. Die Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise entspricht der des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes. Dieser bringt gegenüber dem juristischen eine wesentlich größere Einschränkung der Verwaltungsfreiheit mit sich. Umgekehrt entspricht dem aber, daß der Verfügungsbegriff eine Einengung erfahren muß.

Das Argument der juristischen Betrachtungsweise, daß bei Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise in der Praxis Schwierigkeiten bei der Feststellung entstehen, wann nun eigentlich eine Verfügung über das Vermögen im ganzen vorliege, hat in gewisser Weise seine Berechtigung. Jedoch kann dies nicht dafür herangezogen werden, daß man deshalb die juristische Betrachtungsweise anzuwenden habe, die eine sehr weitgehende Einschränkung der Verwaltungsfreiheit mit sich bringt.

bb) Schwierig ist aber in der Tat festzulegen, wann eine Belastung schon eine Verfügung über das Vermögen im ganzen darstellt.

Manche verlangen bei Grundstücken eine 100%ige Belastung,¹¹¹⁾ andere sehen schon eine 75%ige Belastung als Verfügung über das Vermögen im ganzen an.¹¹²⁾ Das OLG Hamm¹¹³⁾ spricht von einer Ausschöpfung des Verkehrswertes, die für § 1365 erforderlich sei. Nach Beitzke¹¹⁴⁾ liegt eine Verfügung über das Vermögen im ganzen nicht vor, solange sie sich innerhalb der ersten 7/10 des Grundstückswerts hält. Er nimmt hierzu auf § 30 a III ZVG Bezug. Folge der Verfügung muß auch hier wieder sein, daß dem Eigentümer im Falle der Zwangsvollstreckung in das Grundstück nurmehr ein unbedeutender Wert von seinem Vermögen verbleibt. Um die Höhe der Belastung festlegen zu können, bei der schon eine Verfügung über das Vermögen im ganzen vorliegt, müsste man eigentlich von dem Wert des Gegenstandes ausgehen, der bei der Zwangsversteigerung erzielt wird. Ausserdem müsste berücksichtigt werden, welche Berechtigten nach § 10 ZVG dem dinglich Berechtigten noch vorgehen. Eine Voraussehbarkeit dieser beiden Komponenten ist aber bei Vornahme der Verfügung nicht möglich. Man

111) LG Kiel JZ 59, 316; Palandt - Lauterbach § 1365 A.2

112) LG Berlin FamRZ 59, 64 ff; Bay OLG FamRZ 60, 31 ff = NJW 60, 821 ff

113) FamRZ 59, 118 ff = NJW 59, 104 = DNotZ 59, 259 = RdL 59, 49 = Rpfl 59, 10

114) Beitzke, Familienrecht § 13 II 1

kann sich deshalb in diesem Zeitpunkt nur an den Verkehrswert des Grundstückes halten. Dieser wird auch bei der Zwangsversteigerung zu Grunde gelegt, und zwar bei Einfamilienhäusern der Sach- und bei Mietshäusern der Ertragswert. Eine Verfügung über das Vermögen im ganzen erst bei 100 %iger Belastung annehmen zu wollen, erscheint nicht gerechtfertigt, da in jedem Fall bei der Zwangsversteigerung mit dem Vorausgehen anderer als dinglicher Lasten gerechnet werden muß, besonders mit den öffentlichen Lasten und den Kosten des Verfahrens.

Ein Anhaltspunkt kann aus der Praxis der Banken gewonnen werden, die höchstens eine Belastung bis zu 60 % vom Verkehrswert übernehmen.¹¹⁵⁾ Bausparkassen gehen bei ihren Sparern bis zu 80 %. Die Banken müssen in der Beleihung wesentlich vorsichtiger sein als die Bausparkassen, da diese eine gewisse Sicherheit durch die eingezahlten Bausparbeträge haben. Der Wert, den wir suchen, muß also zwischen diesen beiden Werten liegen. Wenn dabei berücksichtigt wird, daß die Kreditinstitute besondere Vorsichtsmaßnahmen walten lassen müssen, kann eine 70 bis 75 %ige Belastung als Grenze angegeben werden. Verfügungen, die eine Belastung in dieser Höhe zum Gegenstand haben, müssen deshalb als Verfügung über das Vermögen im ganzen angesehen werden. Im Einzelfall kann eine andere Handhabung gerechtfertigt sein. Es ging uns hier nur darum allgemeine Gesichtspunkte herauszuarbeiten. Bei der Vielfalt der Fälle ist es lediglich möglich, einen Anhaltspunkt zu geben.

) Besondere Einzelfälle

Nachdem festgestellt wurde, welche Belastungen grundsätzlich von § 1365 erfaßt werden, sind noch einige Einzelfälle zu erörtern, bei denen die Anwendbarkeit des § 1365 zweifelhaft ist.

¹¹⁵⁾ Die Banken berechnen ihren Beleihungswert aus dem Sach- und Ertragswert. Sie nehmen als Beleihungswert die Hälfte der sich aus Sach- und Ertragswert ergebenden Summe an.

- a) Fraglich ist nämlich, ob die Bestellung einer Eigentümergrundschild, die den Wert des Grundstückes ausschöpft, der Einwilligung des anderen Ehegatten bedarf.

Dies wird von H a e g e l e ¹¹⁶⁾ und dem OLG H a m m ¹¹⁷⁾ abgelehnt.¹¹⁸⁾ Anderer Ansicht ist lediglich das AG B i e - l e f e l d ,¹¹⁹⁾ das von der juristischen Betrachtungsweise ausgeht.

H a e g e l e sieht in der Bestellung einer Eigentümergrundschild nur eine Umgestaltung des Eigentums in ein beschränkt dingliches Recht, wodurch eine Gefährdung des Vermögens nicht eintreten könne.

Das OLG H a m m dagegen begründet seine Ansicht damit, daß von § 1365 nur zweiseitige Rechtsgeschäfte erfasst werden. Aus dem Wortlaut des § 1365 ergebe sich, daß dieser eine Verpflichtung zur Verfügung voraussetze. § 1367 BGB wolle nicht einseitige Rechtsgeschäfte schlechthin der Unwirksamkeit unterwerfen, sondern sei abhängig von § 1365. Gemeint seien nur einseitige Rechtsgeschäfte, denen eine Verpflichtung vorausgegangen sei. Aus diesem Grunde könne die Bestellung einer Eigentümergrundschild nicht unter § 1365 fallen.

Es ist richtig, daß H a e g e l e und das OLG H a m m für die Bestellung einer Eigentümergrundschild nicht die Zustimmung des anderen Ehegatten verlangen.

Die Begründung des OLG H a m m ist jedoch nicht zutreffend. Wollte man dieser Ansicht folgen, daß nur Verfügungen von § 1365 erfasst werden, denen auch ein Verpflichtungsgeschäft vorausgegangen ist, so würde § 1365 auf alle diejenigen Verfügungen keine Anwendung finden, denen überhaupt kein Verpflichtungsgeschäft vorausgehen kann, man denke

116) H a e g e l e, RpfL.59, 246

117) FamRZ 60, 277 ff = NJW 60, 1352 ff

118) Ebenso OLG F r a n k f u r t RpfL.60, 289 = FamRZ 60, 500

119) FamRZ 60, 199

z.B. an die Dereliktion. Das würde wohl dem Sinn und Zweck des § 1365 widersprechen. Der Begründung des OLG Hamm kann deshalb nicht gefolgt werden.

H a e g e l e hat Recht, wenn er sagt, daß durch die Bestellung einer Eigentümergrundschild lediglich eine Umgestaltung des Eigentums vorgenommen werde. Eine Gefährdung der familiären Ansprüche kann gar nicht eintreten, da die A b t r e t u n g der Eigentümergrundschild unter § 1365 fallen würde. Diese würde aber erst die Gefahr, daß eine Entziehung des Vermögens vorgenommen werden könnte, mit sich bringen. Die Ansichten, die zu den §§ 1821¹²⁰⁾ und 1445 a.F. BGB ¹²¹⁾ zu diesem Problem entwickelt wurden, können auch nicht auf § 1365 übertragen werden. Die Abtretung der Eigentümergrundschild würde nach diesen beiden Vorschriften nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bzw. der Einwilligung der Ehefrau bedürfen, weil von diesen die Übertragung von Rechten nicht erfasst wird (bei § 1821 Ziff.1 BGB gilt dies gem.Abs.2 nur für Hypotheken, Grund- und Rentenschulden). Eine Umgehung dieser Vorschriften wäre auf diese Weise also möglich. Anders liegt es aber bei § 1365. Im Rahmen dieser Bestimmung kann auch die Übertragung von Rechten der Zustimmung bedürfen.

Daß die Ansicht des AG B i e l e f e l d nicht dem Sinn des § 1365 entsprechen kann, bedarf keiner Erörterung mehr, da dieses seiner Entscheidung die juristische Betrachtungsweise, die von uns abgelehnt wurde, zu Grunde legt.

Die Bestellung einer Eigentümergrundschild bedarf somit nicht der Zustimmung des anderen Ehegatten.

- b) Schliesslich erörtern einige Autoren die Frage, ob solche Belastungen von § 1365 erfasst werden, zu denen sich der Ehegatte gegenüber dem Verkäufer beim Kauf eines Grund-

120) P a l a n d t - L a u t e r b a c h § 1821 A.2; K G J W 32, 1388; S o e r g e l - V o g e l 8.Aufl.A.2 a.M. S t a u d i n g e r - E n g e l m a n n 9.Aufl.A II 1

121) R G Z 69, 177 ff; B G B - R G R K 9.Aufl.A.4; S o e r g e l - V o g e l 8.Aufl.A 1 a.M. S t a u d i n g e r - E n g e l m a n n 9.Aufl.A II 1 b

stückes verpflichtet, um den Kaufpreis für das gekaufte Grundstück zu decken. Diese Frage hat man schon zu den §§ 1821 Ziff. 1 und 1445 a.F. BGB diskutiert.

Man ist sowohl für § 1821 Ziff. 1¹²²⁾ als auch für § 1445 a.F.¹²³⁾ überwiegend der Ansicht, daß eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bzw. die Einwilligung des Ehegatten nicht erforderlich ist.

Wenn man diese Frage rein juristisch betrachtet, so müßte man die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bzw. die Einwilligung des Ehegatten verlangen. Damit der Käufer eine Hypothek bestellen kann, muß zunächst das Eigentum auf ihn übergehen. Damit ist zweifellos die Bestellung der Hypothek eine Verfügung über das Grundstück. Man will aber diese beiden Rechtsgeschäfte als eine Einheit ansehen. So betrachtet, stellt sich der Erwerb des Grundstückes als Kauf eines Grundstückes, das mit einer Hypothek belastet ist, dar.

Im Rahmen des § 1365 werden solche Belastungen überwiegend¹²⁴⁾ genauso behandelt wie in den §§ 1821 Ziff. 1 und 1445 a.F. BGB.

Es darf hierbei jedoch nicht übersehen werden, daß solche Belastungen innerhalb des § 1365 das gesamte Vermögen erfassen müssen. Bei Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise werden diese Fälle nur selten vorkommen. Wenn die Belastung so hoch ist, daß es sich um eine Verfügung über das Vermögen im ganzen handelt, müßte der Käufer des Grundstückes einen sehr geringen Preis in bar bezahlt haben.

122) R G Z 108, 363; P a l a n d t - L a u t e r b a c h A.2 zu § 1821

123) R G Z 69, 177; B G B - R G R K 9. Aufl. § 1445 A.4; P a l a n d t - L a u t e r b a c h § 1424 A.2

124) Bejahend: B a y O b L G FamRZ 60,33; = NJW 60,821 ff; LG B i e l e f e l d FamRZ 58,468 ff; B o s c h FamRZ 58,469 ff; R e i t h m a n n INotZ 61,6; Verneinend S c h u l z - K e r s t i n g JR 59,138

Denkbar sind jedoch Fälle, in denen der Verkäufer dem Erwerber besonders entgegenkommen will und sich deshalb auf den Abschluß eines solchen Vertrages einlässt.

Wir müssen hier zu dem gleichen Ergebnis kommen wie zu den §§ 1821 und 1445 a.F. BGB. Die beiden Rechtsgeschäfte, der Kaufvertrag und die Bestellung des Grundpfandrechtes müssen als eine Einheit angesehen werden. Die Belastung mit dem Grundpfandrecht stellt nur eine andere Form der Erfüllung der Kaufpreisschuld dar. Wollte man zu der Bestellung des Grundpfandrechtes die Zustimmung des anderen Ehegatten verlangen, so könnte auf diese Weise der Vertragspartner - Ehegatte von seiner Verbindlichkeit frei werden. Wenn man aber diese beiden Rechtsgeschäfte als Einheit ansieht, so muß man zu der schon entwickelten Konstruktion des Erwerbs eines Grundstückes, belastet mit einem Grundpfandrecht kommen.

Eine Zustimmung gem. § 1365 ist deshalb in diesen Fällen nicht erforderlich.

3) Zusammenfassendes Ergebnis

Damit kommen wir zu dem Ergebnis, daß lediglich solche Belastungen, die zu einer Entziehung der Substanz oder einer dieser gleichkommenden völligen Gebrauchsentziehung des gesamten bzw. wesentlichen Vermögens, ohne daß es hierzu noch einer Rechtshandlung des Eigentümers bedurfte, führen können, von § 1365 erfasst werden. Bei der Belastung mit Verwertungsrechten muß diese so hoch sein, daß im Falle der Verwertung des Gegenstandes dem Eigentümer nach der Befriedigung der Gläubiger nurmehr ein geringer Vermögenswert verbleibt.

I. Die Aufhebung von Rechten

- 1) Eine Verfügung über das Vermögen im ganzen kann auch in der Aufhebung eines Rechtes bestehen, das das gesamte Vermögen eines Ehegatten darstellt. Es kommen hierfür vor allem alle Arten des Verzichtes in Betracht, wie z.B. die Dereliktion einer beweglichen Sache (§ 959) oder eines Grundstückes (§ 928) oder der Verzicht auf ein im Grundbuch eingetragenes Recht (§ 875).

Erörtert wird im Schrifttum und in der Rechtsprechung, ob die Erteilung einer Löschungsbewilligung über ein Grundpfandrecht der Einwilligung des anderen Ehegatten bedarf. Das LG Bremen¹²⁵⁾ bejaht dies. Meyer - Stölte¹²⁶⁾ schliesst sich dem an, meint aber, daß eine Verfügung im Sinne des § 1365 nur äusserst selten vorliegen könne, da bei der Hypothek und regelmässig auch bei der Grundschuld das dingliche Recht eine persönliche Forderung sichere. Die Löschungsbewilligung werde der Gläubiger aber erst dann erteilen, wenn die Forderung erfüllt sei. Dann gehöre dem Vermögen des Ehegatten aber bereits schon das vom Schuldner zum Zwecke der Erfüllung Erbrachte an, so daß das dingliche Recht dann nicht mehr das einzige Vermögen des Ehegatten sei. Wenn der Gläubiger aber nur das dingliche Recht aufgebe, so verbleibe ihm noch die persönliche Forderung.

Haegele¹²⁷⁾ stimmt der Meinung Meyer - Stöltes für den letzteren Fall zu. Dagegen wendet er sich gegen die Ansicht, daß für den Fall, daß die Löschung eines Rechtes die Folge des Erlöschens der Forderung ist, eine Verfügung im Sinne des § 1365 nicht in Betracht kommen könne. Die Befriedigung der Forderung müsse als Entgelt für die Löschung des dinglichen Rechts angesehen werden, und dieses Entgelt sei in § 1365 nicht dem Vermögens-

5) FamRZ 59,244 = MDR 59, 127

6) FamRZ 59, 231

7) Rpfl. 59,247

wert, auf den es bei der Beurteilung, ob eine Verfügung über das Vermögen im ganzen vorliege, zuzuzählen. Er glaubt aber, aus einem anderen Grunde die Erteilung der Löschungsbewilligung nicht unter § 1365 fallen lassen zu müssen. Infolge des Erlöschens der Forderung entstehe nämlich eine Eigentümergrundschild, die dem Vermögen des Ehegatten von da ab nicht mehr zustehe. Nach materiellem Recht beurteilt, handele es sich deshalb nicht mehr um eine Verfügung über ein Recht, das dem Bewilligenden zustehe.

H a e g e l e s Begründung ist für den Fall, daß es sich um die Löschung einer Hypothek nach erfolgter Befriedigung handelt, durchaus einleuchtend (§§ 1163, 1177 BGB). Bei der Grundschild, die zur Sicherung einer Forderung bestellt ist, entstehen schon Schwierigkeiten, da sie abstrakt ist und die Fremdgrundschild sich nicht automatisch in eine Eigentümergrundschild verwandelt (§ 1192 BGB).

H a e g e l e und desgleichen M e y e r - S t o l t e übersehen, daß schon in der Annahme der geschuldeten Leistung eine Verfügung, und wenn die Forderung das gesamte Vermögen des Ehegatten darstellt, eine Verfügung über das Vermögen im ganzen liegt, denn durch die Annahme gibt der Gläubiger sein Recht an der Forderung auf. Soll das nun heißen, daß jede Annahme einer geschuldeten Leistung, wenn die Forderung das wesentliche Vermögen des Annehmenden war, der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf? Das kann nicht dem Sinn des § 1365 entsprechen. Durch die Erfüllung der Forderung kann keine Gefährdung der familiären Ansprüche entstehen, sondern im Gegenteil eine Sicherung. Die Annahme der geschuldeten Leistung wird deshalb von § 1365 nicht erfasst. Nachdem die Forderung aber nicht mehr besteht, besteht auch kein Bedürfnis mehr für ihre Sicherung. Die Erteilung der Löschungsbewilligung ist die Folge der Annahme der geschuldeten Leistung. Das zeigt sich besonders durch die Vorschrift des § 1144 BGB,

nach dem der Schuldner gegen Befriedigung eine löschungsfähige Quittung verlangen kann.

Deshalb kann auch M e y e r - S t o l t e s Ansicht nicht gefolgt werden, der bei der Hypothek zu wenig mit der Akzessorietät des dinglichen Rechtes von der persönlichen Forderung rechnet. Er will dingliches Recht und persönliche Forderung auseinanderreißen. Sie müssen aber als eine Einheit gesehen werden, weil das dingliche Recht zur Sicherung der Forderung bestimmt ist.

Gleiches hat aber auch für eine Grundschild, die zur Sicherung einer Forderung bestellt ist, zu gelten, wenn sie auch abstrakt ist. Ist sie aber zur Sicherung einer Forderung bestimmt, so geht in aller Regel der Wille der Parteien dahin, die Grundschild solle vom Bestand der Forderung abhängig sein. Deshalb ist die Löschung einer solchen Grundschild genauso wie die einer Hypothek zu behandeln.

Daraus ergibt sich, daß die Erteilung der Lösungsbeurteilung nach erfolgter Befriedigung der persönlichen Forderung nicht von § 1365 erfasst wird.

Auch wenn lediglich das dingliche Recht aufgegeben wird, bedarf es der Zustimmung des Ehegatten nicht, da in diesem Fall dem Ehegatten noch die persönliche Forderung verbleibt.

Anders liegt der Fall jedoch bei der Löschung eines Rechtes, das nicht zur Sicherung einer persönlichen Forderung bestellt ist. Hier muß § 1365 Anwendung finden.

Von H a e g e l e¹²⁸⁾ wurde ausserdem die Frage angeschnitten, ob die Löschung einer Eigentümergrundschild unter § 1365 fallen könne. Ebenso wie die Bestellung einer Eigentümergrundschild nicht von § 1365 erfasst wird, weil sie nur eine Umwandlung des Vermögens des Ehegatten zur

) Rpf. 59, 247

Folge hat, bedarf auch deren Löschung nicht der Einwilligung des anderen Ehegatten.

- 2) Die Annahme einer geschuldeten Leistung bedürfte nach unserer Ansicht nicht der Zustimmung des anderen Ehegatten. Anders ist jedoch der Verzicht auf eine Forderung in der Form eines Erlassvertrages (§ 397 BGB) zu behandeln, weil hierdurch dem Vermögen des Ehegatten kein Wert zufließt, eine Gefährdung familiärer Ansprüche also eintreten kann.

Auch in dem Abschluß eines privativen Schuldübernahmevertrages (§ 414 BGB) liegt auf Seiten des Gläubigers eine Verfügung, denn er verzichtet auf sein Forderungsrecht gegenüber dem alten Schuldner. Man könnte nun annehmen, daß hierzu eine Zustimmung des anderen Ehegatten deshalb nicht erforderlich sei, weil der Verfügende gleichzeitig eine Forderung gegen den neuen Schuldner erhält, also lediglich eine Auswechselung der Schuldner vorliegt. Es muß aber auch die Bonität einer Forderung in Betracht gezogen werden. Wenn die Kreditwürdigkeit des neuen Schuldners nicht der des alten entspricht, ist sehr wohl eine Gefährdung familiärer Interessen zu befürchten. Die Zustimmung des anderen Ehegatten zum Abschluß des Schuldübernahmevertrages ist deshalb erforderlich. Diese Ansicht wird auch durch die Bestimmung des § 418 BGB bestätigt, nach der die akzessorischen Rechte bei der Schuldübernahme untergehen, wenn nicht die Einwilligung des Bürgen bzw. des Eigentümers hierzu gegeben wird. Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zu Grunde, daß eine Sicherheit vom Sicherungsgeber nicht ohne weiteres für jede Forderung verlangt werden kann.

- 3) Schliesslich kann auch die Ausschlagung einer Erbschaft eine Verfügung im Sinne des § 1365 enthalten, wenn die Erbschaft das einzige Vermögen des Erben ist. Der Erbe verzichtet hierdurch auf seine Stellung als Erbe und damit auf die Rechte an den einzelnen Gegenständen.

Anderes muß für den Erbverzichtsvertrag gelten. Hier verzichtet der Verfügende lediglich auf eine in der Zukunft

eintretende Erbenstellung, die zur Zeit des Abschlusses des Vertrages noch nicht zum Vermögen des Ehegatten gehört. Unter § 1365 können aber nur Verfügungen über bereits zum Vermögen gehörende Rechte fallen.

- 4) Es zeigt sich also, daß die Aufhebung eines Rechtes nur dann der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf, wenn hierdurch eine Gefährdung der Interessen der Familie entstehen kann.

§ 8

Fragen der Gemeinschaftsverhältnisse

Wir haben uns bis jetzt mit den verschiedenen Arten der Verfügungen, der Übertragung, Belastung und Aufhebung befaßt. Einer gesonderten Behandlung bedürfen alle die Fragen, die die Gründung und Beendigung von Gemeinschaftsverhältnissen betreffen.¹²⁹⁾ Als Gemeinschaftsverhältnisse kommen die Gesellschaft, die Bruchteils- und die Miterbengemeinschaft in Betracht. Wenn nämlich der Anteil am Gemeinschaftsvermögen das gesamte Vermögen eines Ehegatten darstellt, so können auch Rechtshandlungen, die dieses Gemeinschaftsverhältnis berühren,

129) Innerhalb des Gesellschaftsrechtes ergeben sich noch eine Anzahl von Einzelfragen, die aus der Kollision gesellschaftsrechtlicher Vereinbarungen mit der von uns behandelten Verwaltungsbeschränkung des Ehegatten über sein Vermögen im ganzen erwachsen. Die Erörterung dieser Probleme und aller gesellschaftsrechtlicher Fragen, die im Zusammenhang mit den Kapitalgesellschaften stehen, müssen einer eigenen Untersuchung überlassen bleiben. Sie würden den Rahmen dieser Arbeit überschreiten. Es kommt uns nur darauf an, die wesentlichen Fragen des Gemeinschaftsrechtes und damit auch die des Gesellschaftsrechtes in ihrem Zusammenhang darzustellen. Wir erhalten dadurch eine umfassende Klärung des Begriffes "Verfügung über das Vermögen im ganzen".

Zu den offen gelassenen Fragen vgl.: B o e s e b e c k Betr. 58, 1147 ff; E i s e l t JZ 60, 562 ff; F i s c h e r NJW 60, 937 ff; R i t t n e r FamRZ 61, 1 ff; T i e d a u MDR 59, 253 ff

ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 1365 sein. Deshalb müssen alle diejenigen Rechtshandlungen untersucht werden, die einen Einfluß auf den Anteil am Gemeinschaftsvermögen ausüben können.

I. Die Bildung von Gemeinschaftsverhältnissen

1) Die Gründung einer Gesellschaft

Bei der Behandlung der Übertragungsgeschäfte wurde schon erwähnt, daß die Einbringung der gesamten Vermögensgegenstände in eine Gesellschaft dem § 1365 unterliegen müsse. Aus diesem Grund kann auch ein Gesellschaftsvertrag der Zustimmung des anderen Ehegatten bedürfen, da er die Verpflichtung zur Verfügung enthält. Diese Frage ist jedoch nicht unbestritten.

L a u t e r b a c h,¹³⁰⁾ F i n k e¹³¹⁾ u.A.¹³²⁾ wollen den Abschluß eines solchen Vertrages unter § 1365 fallen lassen.

Anderer Ansicht sind B o e s e b e c k¹³³⁾ und F i s c h e r,¹³⁴⁾ während T i e d a u¹³⁵⁾ sich indifferent verhält.

B o e s e b e c k lehnt das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1365 ab, da der einbringende Gesellschafter sein Vermögen nicht verliere, sondern Inhaber desselben, wenn auch in einer anderen Form, verbleibe.

130) P a l a n d t - L a u t e r b a c h § 1365 A.2

131) E r m a n - F i n k e § 1365 A.3

132) E i s e l t JZ 60,563; grundsätzlich auch R i t t n e r (FamRZ 60,17), soweit es sich nach seiner Auffassung überhaupt um ein Rechtsgeschäft über das Vermögen im ganzen handelt; B e i t z k e Betr.61, 23

133) Betr. 58, 1147

134) NJW 60, 938

135) MDR 59,253

T i e d a u bezweifelt die Richtigkeit dieser Ansicht, da sonst jede Einbringung in eine Gesamthand zustimmungsfrei sein müsse. Er nimmt jedoch an, daß ein solcher Fall in der Praxis nur selten vorkommen werde, da der Verfügende in aller Regel seinen Hausstand behalte und dann eine Verfügung im ganzen nicht vorliegen könne. Wie zu entscheiden ist, wenn nach seiner Ansicht einmal ein solcher Fall gegeben ist, erörtert er jedoch nicht.

F i s c h e r verneint ebenso wie B o e s e b e c k das Erfordernis einer Zustimmung zum Abschluß von Gesellschaftsverträgen der genannten Art. T i e d a u s Ansicht lehnt er mit Recht ab, indem er bei der Beurteilung, ob es sich um eine Verfügung über das Vermögen im ganzen handele, verlangt, daß das als Einlage gedachte Vermögen in eine "vernünftige wirtschaftliche Relation" zu dem vom Ehegatten zurückgehaltenen Vermögen gesetzt wird. Sonst werde seiner Ansicht nach die Bestimmung des § 1365 unterhöht und ihren Sinn verlieren. Auch der Begründung der Ansicht von B o e s e b e c k folgt F i s c h e r nicht. Er gibt zwar zu, daß bei der Einbringung dem Gesellschafter sein Vermögen in der Form des Gesamthandsvermögens verbleibe, weist aber darauf hin, daß ihm das Alleineigentum an den eingebrachten Gegenständen verlorengelasse. Er erhalte zwar für diesen Verlust dann einen Ausgleich, wenn auch die anderen Gesellschafter gleichwertige Einlagen erbringen, da er dann in Bezug auf die von den anderen Gesellschaftern gemachten Einlagen ebenfalls Gesamthänder werde. Dies sei als Entgelt für den auf die anderen Gesellschafter übertragenen Vermögensteil anzusehen, das aber bei der Beurteilung, ob eine Verfügung über das Vermögen im ganzen vorliege, nicht in Betracht zu ziehen sei. F i s c h e r sieht vielmehr die Einbringung des gesamten Vermögens als Überlassung einer Bruchteilsquote dieses Vermögens an. Er verkennt nicht, daß juristisch hier eine Verfügung über das gesamte Vermögen vorgenommen wird. Wirtschaftlich gesehen, verbleibe dem Einbringenden jedoch ein Teil seines Eigentums als Gesamthandsbeteiligung an

den eingebrachten Gegenständen. Er verfüge deshalb nur über den Bruchteil seines Vermögens. Die Verfügung über einen Bruchteil unterliege aber nicht dem Schutz des § 1365.

Die Meinung B o e s e b e c k s und F i s c h e r s setzt sich in Widerspruch zu dem Zweck des § 1365. Schon F i s c h e r weist unter Ablehnung der Ansicht von B o e s e b e c k richtig darauf hin, daß durch die Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft der Gesellschafter das Alleineigentum an den eingebrachten Gegenständen verliert. Er erwähnt aber nicht, daß das vor allem zur Folge hat, daß er über die eingebrachten Gegenstände nur mehr gemeinschaftlich mit den anderen Gesellschaftern verfügen kann (§ 719 I 1. Halbs. 2. Fall BGB). Die einzelnen Gegenstände werden also seiner alleinigen Verfügungsmacht entzogen. Hierdurch wird aber auch das dem anderen Ehegatten durch § 1365 gewährte Einspruchsrecht beeinträchtigt. Darüberhinaus kann auch der Gesellschafter, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist, über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht mehr verfügen (§ 719 I 1. Halbs. 1. Fall BGB). Er begibt sich somit auch seiner Verfügungsmacht über den nach der Einbringung ihm zustehenden Vermögenswert.

Es zeigt sich, daß durch die Einbringung eine Umwandlung des Alleineigentums in Gesamthandseigentum vollzogen wird, woraus folgt, daß der Gesellschafter in weitgehendem Maße in seiner Verfügungsmacht zugunsten gesellschaftlicher Zwecke eingeschränkt wird.¹³⁶⁾ Er stellt damit sein gesamtes Vermögen der Gesellschaft zur Verfügung und wird hierdurch in seiner Verfügungsmacht über sein Vermögen wesentlich eingeschränkt. Bei den Kapitalgesellschaften zeigt sich deutlich, daß eine Übertragung des Vermögens auf eine andere Rechtspersönlichkeit vorgenommen wird. Bei den

136) Ebenso B e i t z k e Betr. 61, 23

Gesellschaften, die keine Vereine sind, kann von einer Übertragung auf eine andere Rechtspersönlichkeit nicht gesprochen werden. Doch ähnelt dieser Vorgang dem bei den Kapitalgesellschaften sehr.¹³⁷⁾ Das ergibt sich vor allem daraus, daß der Einbringende das alleinige Verfügungsrecht über die eingebrachten Gegenstände verliert und dieses auf die Gesamtheit der Gesellschafter überträgt. Das Eingehen einer solchen Bindung gegenüber den anderen Gesellschaftern kann aber eine erhebliche Gefährdung des Vermögens und damit auch der Ansprüche des Ehegatten und der Familie mit sich bringen. Es bedarf deshalb zum Abschluß eines solchen Vertrages der Zustimmung des anderen Ehegatten.

Die Begründung F i s c h e r s erscheint als gekünstelt. Er übersieht, daß der Gesellschafter-Ehegatte nach der Einbringung auch über den nach seiner Ansicht ihm wirtschaftlich verbleibenden Bruchteil nurmehr mit den anderen Gesellschaftern gemeinschaftlich verfügen kann. Darin liegt aber gerade die besondere Gefährdung der Vermögenswerte.

Der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages bedarf deshalb der Zustimmung des anderen Ehegatten.

2. Die Gründung einer Bruchteilsgemeinschaft

Auch die Gründung einer Bruchteilsgemeinschaft kann zu einer Gefährdung der familiären Ansprüche führen. Wenn ein Ehegatte ein Grundstück, das sein gesamtes Vermögen darstellt, in eine Bruchteilsgemeinschaft einbringt, so geht das Alleineigentum in Miteigentum über. Es tritt also eine Rechtsänderung ein. F i s c h e r würde sagen, daß der Ehegatte nur über einen Bruchteil seines Vermögens verfügt hat, weil ihm noch ein Bruchteil verbleibt. Das ist zwar richtig. Es muß jedoch beachtet werden, daß die

¹³⁷⁾ Ähnlich R i t t n e r FamRZ 61, 17

Bruchteilsgemeinschaft keine Vereinigung realer, sondern ideeller Bruchteile ist. Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht nurmehr den Teilhabern gemeinschaftlich zu (§ 744 I BGB). Verfügungen über den Gegenstand als solchen müssen gemeinschaftlich vorgenommen werden (§ 747 S2BGB). Der Gemeinschaftler begibt sich somit seines alleinigen Verfügungsrechtes über den Gegenstand. Dadurch wird auch das Einspruchsrecht des anderen Ehegatten eingeschränkt. Eine Gefährdung der familiären Interessen wird hierdurch möglich.

Das zeigt sich vor allem, wenn wir bedenken, daß jeder Gemeinschaftler jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen kann (§ 749 I BGB). Bei Grundstücken ist das auch durch einen Antrag auf Teilungsversteigerung (§ 753 BGB) möglich. Daß der Abschluß des Aufhebungsvertrages auf Seiten des die Aufhebung begehrenden Gemeinschaftlers¹³⁸⁾ und der Teilungsversteigerungsantrag¹³⁹⁾ der Zustimmung bedürfen, wird noch zu erörtern sein.

Die Gefahr besteht aber darin, daß ein Gemeinschaftler auf Grund seiner Bindung an die Gemeinschaft verpflichtet sein kann, in die Aufhebung der Gemeinschaft zu willigen, auch wenn die Aufhebung zu einer Verschlechterung in seinen Vermögensverhältnissen führen kann. Der Abschluß des Aufhebungsvertrages auf Seiten des die Aufhebung nicht begehrenden Gemeinschaftlers bedarf aber nicht der Zustimmung dessen Ehegatten, wie wir noch unter II 2 a erörtern werden.

Die Eingehung einer Bruchteilsgemeinschaft kann also eine Gefährdung des Vermögens nach sich ziehen, weswegen auch diese der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf.

138) Vgl. § 9 II 2a

139) Vgl. § 10 II 2

I. Die Beendigung von Gemeinschaftsverhältnissen

1. Die Beendigung von Gesellschaftsverhältnissen

a) Das Ausscheiden eines Gesellschafters

Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden, daß wenn ein Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis kündigt, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden soll (§ 736 BGB). Die Frage, ob diese Kündigung eine Verfügung über sein Vermögen im ganzen darstellt, wenn dieses in seinem Gesellschaftsanteil besteht, wird verschieden behandelt.

F i s c h e r ¹⁴⁰⁾ bejaht dies. Er meint, es handele sich hier wirtschaftlich gesehen um den Verkauf des Gesellschaftsanteiles an die anderen Gesellschafter. Das Entgelt sei der Abfindungsanspruch.

B o e s e h e c k ¹⁴¹⁾ will dagegen unterscheiden, ob es sich um einen persönlich haftenden Gesellschafter handele oder um einen Kommanditisten. Der persönlich haftende Gesellschafter bedürfe nicht der Zustimmung, da das Schwergewicht seiner Gesellschaftserstellung in den personenrechtlichen Bindungen zu sehen sei. Das treffe aber für den Kommanditisten nicht zu. Er bedürfe deshalb der Zustimmung zur Kündigung.

Die Meinung von F i s c h e r verdient den Vorzug. Es ist nicht von der Hand zu weisen, daß wirtschaftlich betrachtet hier ein Verkauf des Anteils am Gesellschaftsvermögen vorliegt. Daß es sich hierbei um eine Verfügung über das Vermögen im ganzen handelt, läßt sich aber auch juristisch begründen. Die Kündigung hat für den Gesellschafter das Ausscheiden aus der Gesellschaft zur Folge (§ 736 BGB). Er hört damit auf, Mitglied der Gesamthandsgemeinschaft zu sein und verliert seine Mitberechtigung an den einzelnen Vermögensgegenständen der Gesellschaft,

¹⁴⁰⁾NJW 60, 943

¹⁴¹⁾Betr.58, 1148

denn sein Anteil an dem Gesellschaftsvermögen wächst damit den anderen Gesellschaftern zu. Er erhält nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Abfindung (§ 738 BGB). Die Kündigung wirkt also unmittelbar auf das Gesellschaftsverhältnis und auf seine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ein. Sie hat also hier dingliche Wirkung, da sie eine Übertragung seines Anteiles auf die übrigen Gesellschafter kraft Gesetzes zur Folge hat. Deshalb muß in ihr eine Verfügung über das Vermögen im ganzen gesehen werden, wenn das Vermögen des Gesellschafters nur in dem Anteil am Gesellschaftsvermögen bestand.

Aus dem Gesagten ergibt sich auch, daß die von B o e s e - b e c k vorgeschlagene Unterscheidung zwischen persönlich haftenden Gesellschaftern und Kommanditisten keine Bedeutung haben kann.¹⁴²⁾ Es kommt wesentlich darauf an, daß infolge der Kündigung eine Änderung der Vermögensverhältnisse herbeigeführt wird, die zu einer Gefährdung der familiären Ansprüche führen kann.

Die Kündigung des Gesellschafters bedarf deshalb der Zustimmung des anderen Ehegatten.

b) Die Auflösung der Gesellschaft

Wenn im Gesellschaftsvertrag keine Vereinbarung getroffen wurde, daß die Gesellschaft bei Kündigung durch einen Gesellschafter unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden soll, so hat die Kündigung die Auflösung der Gesellschaft zur Folge (§ 723 BGB).

Für diesen Fall lehnt F i s c h e r¹⁴³⁾ das Erfordernis einer Zustimmung des anderen Ehegatten ab. Da nach seiner Ansicht der Abschluß des Gesellschaftsvertrages keiner Zustimmung bedarf, müsse gleiches bei der Auflösung der Gesellschaft gelten. Auch dürfe dieser Fall nicht anders behandelt werden, als wenn die Kündigung durch einen

142) § 738 findet auch auf die OHG und KG Anwendung (§§ 105 II; 161 II HGB)

143) NJW 60, 942

anderen Gesellschafter als den Gesellschafterehegatten herbeigeführt werde. Der letztere kann dann an der Auflösung der Gesellschaft nichts ändern, da diese kraft Gesetzes als Folge der Kündigung des anderen Gesellschafters eintritt.

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden, und zwar schon deshalb nicht, weil hier angenommen wird, daß der Abschluß des Gesellschaftsvertrages der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf.

Festzustellen ist jedoch, ob wirklich in der Kündigung oder eventuell in anderen Rechtshandlungen die Verfügung über das Vermögen im ganzen zu sehen ist. Dieser Fall liegt nämlich wesentlich anders als der Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters.

Die Kündigung hat hier nur zur Folge, daß die Auflösung der Gesellschaft eintritt. Hierdurch ändert sich aber nichts an den Vermögensverhältnissen. Es tritt lediglich eine Änderung des Zweckes der Gesellschaft ein. Vor der Auflösung bestand ihre Aufgabe in der Erfüllung des im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Gesellschaftszweckes. Durch die Auflösung gerät sie in das Liquidationsstadium. Ihr Ziel besteht jetzt in der Auseinandersetzung. Hierdurch ändert sich auch die Stellung der einzelnen Gesellschafter, denen jetzt die Aufgabe als Liquidatoren zufällt. Die Gesellschaft bleibt aber Gesamthandsgemeinschaft bis zu ihrer endgültigen Beendigung. Diese wird durch die einzelnen Auseinandersetzungshandlungen herbeigeführt (§ 730 BGB). Durch sie erfolgt erst die vermögensrechtliche Änderung. Es zeigt sich also, daß die Kündigung zwar eine Verfügung enthält, aber noch keine Verfügung über das Vermögen im ganzen.

Soll hiermit nun gesagt sein, daß erst die Auseinandersetzungshandlungen der Zustimmung des anderen Ehegatten bedürfen? Die Auflösung der Gesellschaft und die Beendigung der vermögensrechtlichen Gemeinschaft dürfen nicht getrennt voneinander betrachtet werden. Die Beendigung der Gesamt-

handsgemeinschaft ist die unmittelbare Folge der Auflösung der Gesellschaft. Die erstere tritt nur ein, wenn die letztere herbeigeführt worden ist. Die Auflösung der Gesellschaft will die Auseinandersetzung als Folge. Deshalb ist für die Änderung in den vermögensrechtlichen Verhältnissen der Gesellschafter die Kündigung der Gesellschaft selbst entscheidend. Sie kann zum Anlaß einer Gefährdung familiärer Ansprüche werden und bedarf deswegen für ihre Wirksamkeit der Zustimmung des anderen Ehegatten. Sie enthält zwar noch keine Verfügung über das **V e r - m ö g e n i m g a n z e n**, ist aber einer solchen gleichzustellen.

Wenn **F i s c h e r** sich darauf beruft, daß wenn ein anderer Gesellschafter als der Gesellschafter-Ehegatte kündigt, eine Zustimmung für die Rechtshandlungen der nicht kündigenden Gesellschafter nicht erforderlich sei, so übersieht er, daß zwischen den Verfügungshandlungen¹⁴⁴⁾ die vom Gesellschafter-Ehegatten freiwillig vorgenommen werden und diejenigen, zu deren Vornahme er auf Grund der Gesellschafterbindung verpflichtet ist, zu unterscheiden ist. Die letzteren müssen nämlich als Folge des Eingehens eines Gesellschaftsverhältnisses angesehen werden. Der Gesellschafter begibt sich hiermit des Rechtes, den alleinigen Einfluß auf seine gesellschaftliche Beteiligung ausüben zu können. Anders muß jedoch der Fall behandelt werden, bei dem der Gesellschafter-Ehegatte selbst den Anlaß zur Änderung der Vermögensverhältnisse gibt. Dies beruht dann auf seinem freien Willen. Die Kündigung einer Gesellschaft bedarf deshalb der Zustimmung des anderen Ehegatten.

144) Wir meinen damit die Auseinandersetzungshandlungen.

• Die Beendigung einer Bruchteilsgemeinschaft

Wir müssen bei der Bruchteilsgemeinschaft zwei Arten unterscheiden:

1. Die Bruchteilsgemeinschaft, auf deren Entstehung die Gemeinschaftler einen Einfluß hatten.

Es handelt sich um jene Gemeinschaftsverhältnisse, bei denen sich die Gemeinschaftler von sich aus zur gemeinsamen Innehabung eines Rechtes zusammengeschlossen haben, ohne eine Gesellschaft begründen zu wollen, oder jene, bei denen die Gemeinschaftler auf Grund eines Vertrages, den sie mit einer dritten Person geschlossen haben, zu einer Gemeinschaft verbunden werden, wie z.B. bei der Schenkung eines Gegenstandes an mehrere.

2. Die Bruchteilsgemeinschaft, die kraft Gesetzes z.B. durch Verbindung oder Vermischung (§§ 947, 948 BGB) entstanden ist. Die letztere wird einer anderen Behandlung bedürfen als die erstere, deren Entstehung auf dem freien Willen der Gemeinschaftler beruht.

a) Die durch Rechtsgeschäft entstandene Bruchteilsgemeinschaft

Die Beendigung einer Bruchteilsgemeinschaft vollzieht sich grundsätzlich in drei Akten: Durch den Abschluß des Aufhebungsvertrages, den Abschluß des Auseinandersetzungsvertrages und durch die Vornahme der einzelnen Teilungshandlungen. Im Aufhebungsvertrag, dessen Abschluß jeder Gemeinschaftler von dem anderen Teilhaber verlangen kann, einigen sich die Gemeinschaftler, das Gemeinschaftsverhältnis aufzuheben. Der Auseinandersetzungsvertrag dient der Festlegung der Art und Weise der Auseinandersetzung. Die Durchführung der Auseinandersetzung erfolgt dann durch die Vornahme der einzelnen Teilungshandlungen.

Der Aufhebungsvertrag hat ähnlich wie die Kündigung bei der Gesellschaft lediglich die Aufhebung der Gemeinschaft

zur Folge. Eine dingliche Änderung an dem Gemeinschaftsvermögen erfolgt hierdurch noch nicht. Es bedarf hierzu erst der Durchführung der Auseinandersetzung. Mit dem Abschluß des Aufhebungsvertrages tritt die Gemeinschaft in ein Liquidationsstadium ein.

Wir stoßen hier auf dasselbe Problem wie bei der Gesellschaft, nämlich auf die Frage, ob der Abschluß des Aufhebungsvertrages der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf oder erst die Auseinandersetzungshandlungen. Beide Fälle unterscheiden sich lediglich dadurch, daß für die Aufhebung der Gemeinschaft ein Vertrag erforderlich ist, während bei der Gesellschaft ein einseitiges Rechtsgeschäft genügt. Das verlangt aber keine verschiedene Lösung des Problems. Auch hier stellen die Auseinandersetzungshandlungen die notwendige Folge der Aufhebung der Gemeinschaft dar. Erstere sind ohne letztere nicht denkbar. Damit bedarf schon der Abschluß des Aufhebungsvertrages der Zustimmung des anderen Ehegatten.

Dagegen bedürfen die ~~Rechtshandlungen~~, die zum Abschluß des Aufhebungsvertrages von ~~beiden~~ der anderen, die Aufhebung nicht begehrenden Gemeinschaftler erforderlich sind, nicht der Zustimmung der Ehegatten derselben. Jeder Gemeinschaftler kann gem. § 749 BGB jederzeit die Aufhebung verlangen. Daraus entsteht die Verpflichtung der anderen Gemeinschaftler zum Abschluß des Aufhebungsvertrages. Es handelt sich also um eine gesetzliche Verpflichtung. Wollte man hierzu die Zustimmung der Ehegatten verlangen, so könnte auf diese Weise die gesetzliche Verpflichtung ausgeschaltet werden. Dazu kommt, daß bei der Gesellschaft die Kündigung nicht von irgendeinem Rechtsgeschäft der anderen Gesellschaftler abhängig ist. Die Auflösung tritt kraft Gesetzes mit der wirksam zugegangenen Kündigung ein. Daraus ergibt sich der Rechtsgedanke, daß auch Rechtsgeschäfte, zu deren Vornahme ein Ehegatte kraft Gesetzes verpflichtet ist, nicht unter § 1305 fallen können.

b) Die kraft Gesetzes entstandene Bruchteilsgemeinschaft

Ein anderes hat jedoch für die kraft Gesetzes entstandene Bruchteilsgemeinschaft zu gelten. In diesen Fällen beruht die Entstehung der Gemeinschaft nicht auf Grund eines gemeinsamen Interesses der Gemeinschaftler, sondern unabhängig von deren Willen. Sie ist nicht auf Dauer angelegt, sondern strebt schon vom Zeitpunkt ihrer Entstehung an auf Auseinandersetzung. Man kann fast sagen, daß das Begehren nach Aufhebung der Gemeinschaft aus der Tatsache folgt, daß die Gemeinschaft kraft Gesetzes entstanden ist. Die Gemeinschaftler müssen darauf ausgehen, ihr Vermögen wieder aus dieser Bindung zu befreien. Sie streben also eine Realisierung des ehemals ungebundenen Vermögens an. Deshalb kann für diesen Fall eine Zustimmung des Ehegatten nicht erforderlich sein. Eine Gefährdung der wirtschaftlichen Interessen der Familie kann hierin nicht liegen, die Gefährdung ist höchstens durch die Herbeiführung der Bindung in die Gemeinschaft eingetreten. Es ergibt sich also, daß die Beendigung der kraft Gesetzes entstandenen Gemeinschaft nicht der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf.

3. Die Beendigung der Miterbengemeinschaft

Auch in der Aufhebung einer Miterbengemeinschaft könnte eine Verfügung über das Vermögen im ganzen eines Ehegatten liegen, soweit sein Erbanteil das gesamte Vermögen des Ehegatten darstellt. Diese Frage wird verschieden beurteilt.

R e c h e n m a c h e r¹⁴⁵⁾ will für die Auseinandersetzung die Zustimmung des anderen Ehegatten verlangen.

H a e g e l e¹⁴⁶⁾ dagegen sieht in ihr die Realisierung des Erbteils. Der einzelne Erbe erhalte auf Grund der Auseinandersetzung lediglich das seiner Erbquote entsprechende in Einzelwerten.

45) P a l a n d t - R e c h e n m a c h e r § 2042 A.2

46) R p f l. 59, 247

Der Ansicht H a e g e l e s ist der Vorzug zu geben. Es ist ähnlich wie bei der kraft Gesetzes entstandenen Bruchteilsgemeinschaft davon auszugehen, daß die Entstehung der Miterbengemeinschaft nicht auf dem freien Willen der Miterben beruht. Sie ist die gesetzliche Folge des Todes des Erblassers. Die Miterbengemeinschaft strebt grundsätzlich von Anfang an auf Auseinandersetzung, wie H a e g e l e richtig sagt, auf die "Realisierung der Erbteile". Durch die Aufhebung der Gemeinschaft wird erst die Verwertung des Erbteiles möglich und damit auch erst eine Deckung der etwaigen Bedürfnisse der Familiengemeinschaft. Die Interessen des Ehegatten zum Schutz seines Zugewinnausgleichsanspruches scheiden überdies aus, da das durch Erbschaft Erworbene dem Anfangsvermögen des Ehegatten zugezählt wird (§ 1374 II BGB) und deshalb kein zugewinnfähiges Vermögen darstellt.

Es kann deshalb R e c h e n m a c h e r s Ansicht nicht gefolgt werden. Eine Zustimmung des anderen Ehegatten für die Auseinandersetzung ist nicht erforderlich.

§ 9

Prozeßhandlungen

Bei der Bestimmung des Begriffes Verfügung gingen wir davon aus, daß Prozeßhandlungen nicht zu den Verfügungen zählen. Zu ihrer Vornahme bedarf es deshalb grundsätzlich auch nicht der Zustimmung des anderen Ehegatten. Eine Erweiterung des Verfügungsbegriffes in § 1365 erscheint jedoch hinsichtlich solcher Prozeßhandlungen, die eine einer Verfügung ähnliche Wirkung hervorrufen können oder deren Vornahme zur Herbeiführung einer Rechtsänderung überhaupt erforderlich ist, geboten.

I. Prozeßhandlungen mit verfügungsähnlicher Wirkung

- 1) Verfügungsähnliche Wirkungen können vor allem auf Grund eines prozessualen Anerkenntnisses oder des Klageverzichts herbeigeführt werden. Da diese zwei Prozeßhandlungen eine große Ähnlichkeit haben, nämlich die eine die Umkehrung der anderen ist, können wir sie gemeinsam behandeln.

Welche Wirkungen durch sie herbeigeführt werden können, zeigen die folgenden Beispiele:

1. Ein Ehegatte schliesst ohne die erforderliche Einwilligung des anderen Ehegatten einen Kaufvertrag. Der Vertragspartner verklagt ihn auf Übereignung des gekauften Gegenstandes. Der Beklagte erkennt den Anspruch des Klägers an und es ergeht Anerkenntnisurteil. Die erforderliche Einigung wird durch das rechtskräftige Urteil ersetzt (§ 894 ZPO) und der Vertragspartner kann die Übergabe des Gegenstandes im Wege der Zwangsvollstreckung verlangen (§ 897 ZPO).
2. Ein Ehegatte hat eine Sache ohne die erforderliche Zustimmung bereits an den Vertragspartner "übereignet". Der verfügende Ehegatte beruft sich nun auf die Unwirksamkeit der "Übereignung". Im Prozeß erklärt er aber den Klageverzicht und es ergeht Verzichtsurteil. Der verfügende Ehegatte kann nun seinen Herausgabeanspruch nicht mehr geltend machen.

Es zeigt sich also, daß das Anerkenntnis wie der Verzicht Wirkungen hervorrufen können, die denen einer Verfügung sehr ähnlich sind.

Aus diesem Grund haben sich die Kommentare zu § 1444 a.F. BGB¹⁴⁹⁾ dafür ausgesprochen, daß der verwaltende Ehemann zu Prozeßhandlungen, die eine "Verfügung" beinhalten, der Zustimmung der Ehefrau bedürfe.

149) S t a u d i n g e r - E n g e l m a n n 9.Aufl. § 1443 A.5d; P l a n c k § 1443 A 15 b, § 1444 A 4, B G B - R G R K 8.Aufl. § 1443 A 5, § 1444 A 6

Desgleichen wird auch zu § 1365 von Z ö l l e r ¹⁵⁰⁾ die Ansicht vertreten, daß eine Zustimmung zu solchen Prozeßhandlungen erforderlich sei.

Der Problematik dieser Frage kommen wir jedoch nur näher, wenn wir die Rechtsnatur dieser beiden Prozeßhandlungen untersuchen.

Es werden hierzu zwei Meinungen vertreten. Die eine sieht im Anerkenntnis und Verzicht eine reine Prozeßhandlung,¹⁵¹⁾ die andere dagegen eine Rechtshandlung, die in einem Tatbestand Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft verbindet, also Doppelcharakter hat.¹⁵²⁾

Würde man der zweiten Ansicht folgen, so würde ohnedies eine Zustimmung des anderen Ehegatten wegen des materiell-rechtlichen Charakters dieser Handlungen erforderlich sein. Auf diesem Standpunkt stehen wohl auch die Kommentare zu § 1444 a.F. BGB und die Vertreter jener Auffassung, die auch innerhalb des § 1365 die Zustimmung verlangen.

Zu einem anderen Ergebnis müßte man aber kommen, wenn man der Meinung folgt, die im Anerkenntnis und im Verzicht reine Prozeßhandlungen sieht. Sie beinhalten dann keine Verfügung im juristischen Sinn.

Welche Rechtsnatur haben nun diese Handlungen? Wollte man der Lehre von der Doppelnatur folgen, so müßte man beweisen, daß das prozessuale Anerkenntnis und der Klageverzicht solche Rechtsgeschäfte beinhalten, deren Namen sie tragen. Beim Anerkenntnis müßte gleichzeitig ein Schuldanerkennntnis (§ 781 BGB) und beim Klageverzicht ein Verzicht der im BGB vorkommenden Arten abgegeben werden.

150) M e y e r - Z ö l l e r § 52 A 2 A

151) B a u m b a c h - L a u t e r b a c h Einf.vor § 306; L e n t Zivilprozeßrecht § 47 VI, DRZ 48,9 ff, Festschrift f. Rosenberg S.123 ff; R o s e n b e r g, Lehrbuch, § 131 I 6 u. II 2 e; B a u m g ä r t e l, Prozeßhandlung, S.142 ff mit weiteren Nachweisen.

152) S c h ö n k e - S c h r ö d e r - N i e s e, Lehrbuch § 53 II, § 31 II; S t e i n - J o n a s - P o h l e § 307 I 2, weitere Nachweise bei Baumgärtel, Prozeßhandlung, S.142

L e n t ¹⁵³⁾ hat unserer Ansicht nach zu Recht nachgewiesen, daß der Abschluß solcher Rechtsgeschäfte nur ausnahmsweise Inhalt eines prozessualen Anerkenntnisses oder des Klageverzichtes sein kann. Das Schuldanerkenntnis gem. § 781 BGB kann nur in Bezug auf schuldrechtliche Ansprüche abgegeben werden, das prozessuale Anerkenntnis erfaßt jedoch den Streitgegenstand schlechthin, also auch dingliche Rechte. Beim Verzicht auf ein dingliches Recht wäre die Folge, daß der Rechtsträger seine Rechtsposition an dem Recht verliert, aber keine Übertragung des Rechts auf den Beklagten stattfindet. Der Klageverzicht will aber gerade dem Beklagten eine Position verschaffen, auf Grund derer er das Recht beanspruchen kann. Auch kann der Abschluß solcher Rechtsgeschäfte im Prozeß nicht ohne weiteres unterstellt werden. Zum Schuldanerkenntnis wäre ein Vertrag notwendig, der bestehend aus Anerkenntnis des Beklagten (Offerte) und Antrag auf Erlaß des Anerkenntnisurteils (Annahme) konstruiert werden müßte. Ähnliches wäre für den Erlaßvertrag zu entwickeln. Man würde aber auch den Parteien einen Willen unterstellen, den sie in der Regel gar nicht haben. Der Kläger verzichtet meistens nur dann auf seinen Anspruch, wenn er einsieht, daß er zur Geltendmachung unberechtigt ist. Materiellrechtlich gesehen kann er aber dann gar nicht auf ein Recht verzichten, da er nicht Rechtsträger ist.

Das prozessuale Anerkenntnis und der Klageverzicht beinhalten also in den seltensten Fällen gleichzeitig ein materiellrechtliches Anerkenntnis bzw. einen solchen Verzicht. Daß ausnahmsweise mit diesen Prozeßhandlungen die Vornahme eines Rechtsgeschäftes verbunden sein kann, kann aber die Rechtsnatur dieser Handlungen nicht bestimmen. Wir haben es deshalb in beiden Fällen mit reinen Prozeßhandlungen zu tun.

Wenn aber nun Anerkenntnis und Verzicht reine Prozeßhandlungen sind, so kann § 1365, der nur Rechtsgeschäfte be-

3) L e n t DRZ 48,9 ff u. Festschrift f. Rosenberg S.123 ff, Zivilprozeßrecht § 47 VI

trifft, nicht zur Anwendung kommen. So hat auch der B G H ¹⁵⁴⁾ in einem ähnlich liegenden Fall, nämlich zu § 1821 BGB entschieden, daß der gesetzliche Vertreter befugt sei, auf die Klage ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu verzichten, da er in der Prozeßführung nicht beschränkt sei.

Da aber diese Prozeßhandlungen, wie die von uns gebrachten Beispiele zeigen, Wirkungen hervorbringen können, die denen einer Verfügung ähnlich sind, müssen wir eine analoge Anwendung des § 1365 auf diese erwägen.

Bei der Erörterung der einzelnen Arten der Verfügungen stellen wir es darauf ab, daß entweder eine Entziehung der Substanz des Gegenstandes oder die Einräumung eines sehr weitgehenden dinglichen Gebrauchsrechtes am Gegenstand die Folge der Verfügung sein müsse, um die Anwendung des § 1365 bejahen zu können.

Der Vertragspartner hat aber auf Grund des Anerkenntnis- bzw. Verzichtsurteils das Recht, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, ¹⁵⁵⁾ um damit in den Besitz des Gegenstandes zu gelangen. Er wird zwar auf Grund des Urteils nicht

154) FamRZ 55, 359, ZZP 69, 34

155) Neben der rechtskräftigen Verurteilung bedarf es nicht mehr der Zustimmung des anderen Ehegatten, damit der Vertragspartner die von ihm begehrte Rechtsstellung erlangt. Die Wirkung, die auf Grund des § 894 ZPO erzielt wird, ist bereits ein Akt der Zwangsvollstreckung. Solche Akte können aber keine Verfügung im Sinne des § 1365 sein. Das Gleiche wurde schon zu den §§ 1821, 1822 und 1445 a.F. BGB entwickelt. Vgl. hierzu: K G in KGJ 26 A 260; 31 A 293; 45 A 264; B a y O b L G MDR 53, 561 f mit weiteren Nachweisen

Rechtsträger,¹⁵⁶⁾ hat aber das Recht, den Gegenstand unter Ausschluß der Rechte des Rechtsträgers zu gebrauchen. Seine Rechtsstellung ist der eines Nießbrauchers sehr ähnlich. Wir liessen auch die Bestellung eines Nießbrauches unter § 1365 fallen. Ob diese Wirkung durch ein Rechtsgeschäft oder eine Prozeßhandlung herbeigeführt wird, kann mit Rücksicht auf den Schutzgedanken des § 1365 nicht maßgebend sein. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf solche Prozeßhandlungen ist deshalb geboten.

Man könnte dieser Lösung entgegenhalten, daß der Ehegatte auch auf andere Weise solche Wirkungen bewußt herbeiführen kann, z.B., wenn er im Prozeß nicht erscheint und Versäumnisurteil ergeht. Es darf aber nicht übersehen werden, daß zwischen diesen beiden Tatbeständen wesentliche Unterschiede bestehen, die eine verschiedene Behandlung rechtfertigen. Das prozessuale Anerkenntnis und der Klageverzicht sind Prozeßhandlungen, die grundsätzlich, ähnlich wie Rechtsgeschäfte, die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges bezwecken. Die Säumnis ist aber nicht einmal eine Prozeßhandlung, wenngleich sie auch dazu benutzt werden kann, die gleichen Wirkungen wie Anerkenntnis und Verzicht herbeizuführen. Für den Erlaß des Versäumnisurteils gegen den Beklagten, das dem Anerkenntnisurteil entspricht, ist außerdem noch Voraussetzung, daß vom Kläger behauptet wird, der Beklagte sei zur Verfügung befugt bzw. habe das Rechtsgeschäft mit Zustimmung des anderen Ehegatten abgeschlossen. Der Erlaß des Anerkenntnisurteils ist aber von einer solchen Behauptung des Klägers nicht abhängig.

Es bestehen also wesentliche Unterschiede hinsichtlich dieser Tatbestände. Eine verschiedene Behandlung ist deshalb nicht ausgeschlossen.

6) Wir stellen uns damit auf den Standpunkt der prozessualen Rechtskrafttheorie und lehnen die materielle Theorie, die insbesondere bei der Feststellung der absoluten Rechte versagt, ab. Das Urteil wirkt nur Rechtskraft inter partes, absolute Rechte haben aber umfassende Wirkung. Vgl. hierzu L e n t, Zivilprozeßrecht § 62 III; N i k i s c h, Lehrb. § 104, S c h ö n k e - N i e s e, Lehrbuch § 73 VI, R o s e n b e r g Lehrbuch § 148 II 4 für die prozessuale Theorie. A.M. z.B. P a g e n s t e c h e r, Rechtskraft S. 1 ff

- 2) Eine ähnliche Behandlung erfordert der Prozeßvergleich, durch dessen Abschluß eine Rechtsänderung, die sich auf das gesamte Vermögen eines Ehegatten beziehen kann, hervorgerufen werden kann.

Hinsichtlich seiner Rechtsnatur sind im wesentlichen drei Ansichten zu unterscheiden. Einige wollen ihn als privatrechtlichen Vertrag mit privatrechtlichen und prozessuale Folgen behandeln.¹⁵⁷⁾ Andere halten ihn für eine reine Prozeßhandlung.¹⁵⁸⁾ Dagegen sieht die herrschende Lehre in ihm eine Rechtshandlung, die in einem Tatbestand eine Prozeßhandlung mit einem materiellrechtlichen Vergleich verbindet. Der Prozeßvergleich habe Doppelcharakter.¹⁵⁹⁾

Es erscheint uns richtig, wenn gegen die Ansicht, daß der Prozeßvergleich lediglich ein Rechtsgeschäft sei, die prozeßbeendigende Wirkung desselben angeführt wird. Er muß ja auch vor dem Prozeßgericht oder einem ersuchten bzw. beauftragten Richter abgeschlossen werden.¹⁶⁰⁾

-
- 157) R o s e n b e r g § 128 I, W a l s m a n n, der Irrtum AcP 102, 180 ff. Weitere Nachweise bei B a u m g ä r t e l, Prozeßhandlung S. 192 ff und v o n B o n i n, Prozeßvergleich S. 1 ff
- 158) B a u m b a c h - L a u t e r b a c h Anh. nach § 307 Bem. 2A; M e y e r - Z ö l l e r A l a z u § 794, B a u m g ä r t e l, Prozeßhandlung S. 192 ff mit weiteren Nachweisen.
- 159) R G Z 154, 320; B G H Z 16, 390; N i k i s c h, Lehrbuch § 55 I2; L e n t, Zivilprozeßrecht § 48 II; S c h ö n k e - N i e s e, Lehrbuch, § 53 II; S t e i n - J o n a s - P o h l e § 794 A II und § 128 A.VI
- 160) B a u m g ä r t e l, Prozeßhandlung S. 193 und S t e i n - J o n a s - P o h l e § 794 A II

Anders als beim Anerkenntnis und dem Verzicht beinhaltet der Prozeßvergleich aber regelmäßig einen Vergleich im Sinne des § 779 BGB. Daraus ergibt sich, daß er auch gleichzeitig rechtsgeschäftlicher Natur ist. Daß ausnahmsweise aussergerichtlich schon eine Einigung über die materiellrechtlichen Fragen erfolgen kann, hat für die Feststellung der Rechtsnatur keine Bedeutung. Sie kann sich nur an seiner regelmäßigen Funktion orientieren. Damit schliessen wir uns der Lehre von der Doppelnatur an.

Da der Prozeßvergleich grundsätzlich auch ein Rechtsgeschäft beinhaltet, bedarf auch dieser, wenn durch ihn eine Verfügung über das Vermögen im ganzen des Ehegatten getroffen wird, der Zustimmung des anderen Ehegatten gem. § 1365.

Diejenigen aber, die in dem Prozeßvergleich eine reine Prozeßhandlung sehen, müssen ähnlich wie wir es beim Anerkenntnis und Verzicht getan haben, eine analoge Anwendung des § 1365 in Erwägung ziehen.

II. Prozeßhandlungen, deren Vornahme zur Herbeiführung einer Rechtsänderung erforderlich ist.

Soweit die Vornahme von Prozeßhandlungen unerlässlich ist, um eine Rechtsänderung zu erreichen, die sonst durch eine Verfügung oder eine ihr gleichzusetzende Rechtshandlung bewirkt wird, müssen auch diese unter § 1365 fallen. Zu ihnen gehören die Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft, der Teilungsversteigerungsantrag und die Auflösungsklage bei der OHG und KG.

1) Die Klage auf Aufhebung einer Gemeinschaft

Bei unseren Erörterungen über die Beendigung einer Gemeinschaft kamen wir zu dem Ergebnis, daß der Aufhebungsvertrag bereits der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf, soweit der Anteil des einen Ehegatten das gesamte Vermögen desselben darstellt, da dieser einem Verfügungsvertrag über das ganze Vermögen gleichzustellen ist. Wenn es nun aber zu keiner gütlichen Einigung der Gemeinschaftler

und damit nicht zum Abschluß dieses Aufhebungsvertrages kommt, ist der Gemeinschaftler gezwungen, die anderen Gemeinschaftler auf Abschluß dieses Aufhebungsvertrages zu verklagen. Mit Rechtskraft des Urteils (§ 894 ZPO) tritt dann die Aufhebung der Gemeinschaft ein, also die Rechtsänderung, für deren Eintritt nach unserer Ansicht schon die Zustimmung des anderen Ehegatten erforderlich ist. Daß diese Folge erst mit der Rechtskraft des Urteils eintritt, ändert nichts an der Tatsache, daß diese Rechtswirkung letzten Endes die Folge der Klageerhebung des Gemeinschaftlers ist. Zum Abschluß des Aufhebungsvertrages bedarf es ja ebenfalls der Annahme der Offerte durch die anderen Gesellschafter. Diese Annahme wird durch das rechtskräftige Urteil ersetzt.

Die Klage des Gemeinschaftler-Ehegatten hat also Verfügungscharakter. Da die anderen Gemeinschaftler nicht auf friedlichem Wege in den Abschluß des Aufhebungsvertrages eingewilligt haben, konnte er diese Wirkung nur im Wege der Klage herbeiführen. Aus diesem Grunde bedarf auch die Erhebung der Klage der Zustimmung des anderen Ehegatten. Eine andere Behandlung würde dem Zweck des § 1365 widersprechen. Der Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie und des zukünftigen Zugewinnausgleichsanspruches kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob die "Verfügung" in der Form eines Rechtsgeschäftes oder einer Prozeßhandlung vorgenommen wird.

2) Der Antrag auf Teilungsversteigerung

Besteht das gemeinsame Recht in einem Grundstück, so bedarf es zur Aufhebung der Gemeinschaft, wenn sich das Grundstück nicht in Natur teilen läßt, der Zwangsversteigerung des Grundstückes (§§ 753 BGB, 180 ZVG). Voraussetzung für die Anordnung der Zwangsversteigerung ist nicht wie sonst ein vollstreckbarer Titel, sondern lediglich der Antrag auf Teilungsversteigerung eines der Gemeinschaftler.

Ob nun dieser Teilungsversteigerungsantrag eines Gemeinschafterehegatten der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf, wenn der Miteigentumsanteil das gesamte Vermögen des antragstellenden Ehegatten ist, ist bestritten.

a) Diese Frage wurde auch schon im Rahmen des alten Güterrechtes zu den §§ 1445 und 1395 a.F. BGB erörtert. Es soll deshalb kurz auf die hierzu entwickelten Ansichten eingegangen werden.

In den Kommentaren zum BGB von P l a n c k ¹⁶¹⁾ der R e i c h s g e r i c h t s r ä t e ¹⁶²⁾ und dem Kommentar zum ZVG von J a e c k e l - G ü t h e ¹⁶³⁾ wird der Antrag auf Teilungsversteigerung als Verfügung angesehen.

Das OLG S t u t t g a r t ¹⁶⁴⁾ will den Antrag einer Verfügung gleichstellen.

Dagegen halten die Kommentare von S t a u d i n g e r ¹⁶⁵⁾ zu § 1445 a.F., von R e i n h a r d - M ü l l e r ¹⁶⁶⁾ und S t e i n e r - R i e d e l ¹⁶⁷⁾ zum ZVG eine Zustimmung zu dem Antrag der Ehefrau, die im Güterstand der Verwaltung und Nutzniessung lebt (§ 1395) bzw. zu dem des Ehemannes im Rahmen der Gütergemeinschaft (§ 1445) für nicht erforderlich. Das R e i c h s g e r i c h t ¹⁶⁸⁾ hat in einer Entscheidung, in der es eigentlich über einen von einem Vorerben gestellten Antrag auf Zwangsversteigerung eines mit einer Nachlaßhypothek belasteten Grundstücks zu urteilen hatte, geäußert, daß der Antrag auf Teilungsversteigerung eines in Miteigentum stehenden Grundstückes keine Verfügung sei, da es sonst der Vorschrift des § 181 II 2 ZVG nicht bedurft hätte. Würde es sich hierbei um eine Verfügung handeln, so hätte § 182 I Ziff. 1 BGB ausgereicht.

¹⁶¹⁾ § 1445 a.F. A 3

¹⁶²⁾ B G B - R G R K 9. Aufl. § 1445 a.F. A 4

¹⁶³⁾ § 181 ZVG A 6

¹⁶⁴⁾ OLG 22, 416

¹⁶⁵⁾ 9. Aufl. § 1445 a.F. A II 1 b

¹⁶⁶⁾ § 181 A 4 c ¹⁶⁷⁾ § 180 A 1b; § 16 A 1b ¹⁶⁸⁾ R G Z 136, 358

- b) Auch im Rahmen des § 1365 n.F. gehen die Meinungen auseinander.

W e i m a r ¹⁶⁹⁾ knüpft an die Rechtsprechung des Reichsgerichtes an, hält diese aber mit Recht für zu formal und meint, daß die Frage unentschieden bleiben könne, ob der Antrag auf Teilungsversteigerung eine Verfügung sei oder nicht. Eine analoge Anwendung des § 1365 sei auf jeden Fall aus dem Schutzgedanken des § 1365 zu rechtfertigen. Diese Ansicht hat der Kommentar von S t e i n e r - R i e d e l ¹⁷⁰⁾ übernommen, der in seiner Ergänzung von 1960 zu § 181 II ZVG auf W e i m a r verweist. Auch das OLG C e l l e ¹⁷¹⁾ hat sich aus denselben Gründen für eine entsprechende Anwendung des § 1365 ausgesprochen. Der Antrag sei einer Verfügung gleichzustellen.

Dagegen lehnt S c h i f f h a u e r ¹⁷²⁾ das Zustimmungserfordernis ab, weil durch den Antrag keine unmittelbare Rechtsänderung eintrete.

Auch hier kann wieder auf die Erörterungen über die Beendigung der Gemeinschaft zurückgegriffen werden. Auf Grund des Antrages wird durch die Anordnung der Zwangsversteigerung durch das Vollstreckungsgericht die Aufhebung der Gemeinschaft herbeigeführt. § 181 ZVG erwähnt ausdrücklich, daß es zur Antragstellung keines Titels bedarf, eine Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft ist also nicht notwendig. Es genügt ein Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung. Es wird lediglich das Verfahren erleichtert und abgekürzt. Der Antrag auf Teilungsversteigerung ist hier die Rechtshandlung, die vom Gemeinschafterehegatten vorgenommen werden muß, um die Aufhebung herbeizuführen. Er genügt allein allerdings noch nicht, um die Aufhebung der Gemeinschaft zu erreichen. Es bedarf hierzu noch der Anordnung der Zwangsversteigerung durch das Vollstreckungsgericht. Das ändert aber nichts an dem Verfügungscharakter des Antrages. Schon bei der Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft wurde darauf hingewiesen,

169) NJW 59, 1478

170) Ergänzung 1960 § 181

171) FamRZ 61, 30 ff

172) FamRZ 60, 185

daß die Wirkungen derselben erst mit der Rechtskraft des Urteils eintreten können. Ähnliches zeigt sich auch hier. Der Antrag entfaltet seine Wirkung erst mit der Anordnung der Zwangsversteigerung. Die Zwangsversteigerung des Grundstückes ist dann die notwendige Folge ihrer Anordnung und diese die Folge der Antragsstellung. Die Zwangsversteigerung selbst stellt bereits die Teilungshandlung dar. Wir kommen hier also zum selben Ergebnis wie für den Abschluß des Aufhebungsvertrages und sehen den Antrag als Verfügung an, da er die Aufhebung der Gemeinschaft herbeiführt.

Fraglich ist nur wieder, ob es sich um eine Verfügung über das gesamte Vermögen handelt. Hier kann erst der Streit einsetzen, ob der Antrag eine Verfügung oder einer solchen gleichzusetzen ist. Da aber die Teilung des Grundstückes im Wege der Zwangsversteigerung die notwendige Folge der durch den Antrag veranlassten Aufhebung der Gemeinschaft ist, muß der Antrag, obwohl er noch keine Rechtsänderung an dem Vermögen herbeiführt, einer Verfügung über das gesamte Vermögen des Verfügenden gleichgestellt werden. Um eine Verfügung über das Vermögen im ganzen im streng juristischen Sinn kann es sich nicht handeln, da durch die Anordnung der Zwangsversteigerung die Gemeinschaft lediglich in eine Liquidationsgemeinschaft umgewandelt wird, die Rechtsänderung an dem Gemeinschaftsvermögen der Zwangsversteigerung vorbehalten ist. Die Zustimmung gem. § 1365 verlangen wir aber deshalb, weil die Zwangsversteigerung die notwendige Folge des Antrages ist und dieser ja auch dieselbe zum Ziele hat.

3) Die Auflösungsklage bei der OHG und KG

Hinsichtlich der Auflösungsklage müssen die gleichen Grundsätze wie bei der Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft gelten. Sie ersetzt gem. § 133 HGB die ausserordentliche

Kündigung bei der OHG und entsprechend bei der KG (§ 161 II HGB). Mit der Rechtskraft des Urteils ist die Gesellschaft aufgelöst und tritt in das Liquidationsstadium ein. Die Lage ist dann dieselbe wie bei der Kündigung der Gesellschaft. Aus diesem Grund bedarf auch die Auflösungsklage der Zustimmung des anderen Ehegatten.¹⁷³⁾

§ 10

Ergebnis des III. Kapitels

Wir vergegenwärtigen uns noch einmal den von der Rechtslehre entwickelten Verfügungsbegriff: "Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, das auf den Bestand eines Rechtes unmittelbar einwirkt."

Die vorangegangene Darstellung hat ergeben, daß dieser Verfügungsbegriff mit Rücksicht auf die Verwaltungsfreiheit der Ehegatten und den Zweck des § 1365 einerseits einer Einschränkung, andererseits aber auch einer Erweiterung bedarf.

Der Begriff war dahin **e i n z u s c h r ä n k e n**, daß nur solche Verfügungen von § 1365 erfaßt werden sollen, die eine **E n t z i e h u n g** der Substanz des Vermögens bewirken oder ermöglichen, oder die die Einräumung eines **u m f a s s e n d e n G e b r a u c h s r e c h t e s** an dem Vermögen zum Gegenstand haben. Die Verfügung muß ferner dazu führen, daß dem Verfügenden nach Vornahme derselben nurmehr ein unbedeutender Wert seines Vermögens verbleibt, wobei das für den Abschluß des Rechtsgeschäftes erhaltene Entgelt nicht zu berücksichtigen ist.

Auch die Übertragung des gesamten Vermögens auf eine Personenmehrheit mit dem gleichzeitigen Verlust des alleinigen Verfügungsrechtes über das Vermögen wie bei der Einbringung desselben in eine Gesellschaft oder Bruchteilsgemeinschaft liessen wir unter den Begriff der Verfügung über das Vermögen im ganzen fallen.

¹⁷³⁾ B e i t z k e Betr. 61,24

Eine Erweiterung des Verfügungsbegriffes ergab sich hinsichtlich solcher Rechtshandlungen, die selbst noch keine unmittelbare Rechtsänderung am Vermögen herbeiführen, die aber kraft Gesetzes eine solche als unmittelbare Folge nach sich ziehen, soweit deren Vornahme nicht auf einer gesetzlichen Verpflichtung beruht.

Ferner müssen auch Prozeßhandlungen mit verfügungsähnlicher Wirkung oder solche, die zur Bewirkung einer Rechtsänderung erforderlich sind, unter den Begriff der Verfügung in § 1365 eingereiht werden.

Der Begriff "Verfügung über das Vermögen im ganzen" kann nun wie folgt definiert werden:

Verfügung über das Vermögen im ganzen ist jedes Rechtsgeschäft oder jede Prozeßhandlung, die die Entziehung des gesamten bzw. wesentlichen Vermögens oder bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Möglichkeit zu einer solchen bzw. eine einer dieser gleichzusetzenden Wirkung direkt oder als unmittelbare Folge dieser Rechtshandlung herbeiführt.

IV. Kapitel

Die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten beim Abschluß der unter § 1365 fallenden Rechtsge- schäfte

Im Schrifttum und in der Rechtssprechung wird häufig die Frage erörtert, ob beim Abschluß der unter § 1365 fallenden Rechtsgeschäfte die Beteiligten die Vorstellung gehabt haben müssen, daß es sich bei dem Vertragsobjekt um das gesamte Vermögen des Verfügenden handelt. In diesem Zusammenhang werden vier Fragen aufgeworfen:

1. Setzt § 1365 voraus, daß der Verfügende einen Vertrag schliesst, indem er sich verpflichtet, über sein Vermögen *en bloc* zu verfügen, ohne daß die einzelnen Vermögensstücke im Vertrag aufgezählt sein dürfen?
2. Dürfen zwar die einzelnen Vermögensgegenstände im Vertrag aufgeführt sein, aber muß sich aus dem Vertrag selbst ergeben, daß es sich um ein Rechtsgeschäft über das gesamte Vermögen handelt?
3. Muß der Vertrag überhaupt Angaben darüber enthalten oder genügt es, daß wenigstens der Vertragspartner weiß oder aus den Umständen erkennen kann, daß der Verfügende ein Rechtsgeschäft über sein gesamtes Vermögen abschliesst?
4. Verlangt § 1365 vielleicht überhaupt keine Kenntnis der Beteiligten darüber?

§ 11

Die zu anderen Vorschriften entwickelten Lehren

Für die Beantwortung dieser Fragen wird häufig die Rechtssprechung zu den §§ 1822 Ziff. 1, 1444 a.F. und 419 BGB herangezogen. Es sollen deshalb die Lehren, die zu diesen Paragraphen entwickelt wurden, dargelegt werden.

Die Rechtsprechung des BGH zu § 1822 Ziff. BGB

Zum Vergleich mit § 1822 Ziff. 1 wird die von uns schon im § 3, III erwähnte B G H - Entscheidung¹⁷⁴⁾ herangezogen.¹⁷⁵⁾ Nachdem schon dort auf ihren Inhalt im wesentlichen eingegangen wurde, soll nur kurz auf die für unsere jetzige Fragestellung maßgebende Erörterung des B G H eingegangen werden.

In der genannten Entscheidung führte der B G H aus, daß § 1822 Ziff. 1 wie § 311 BGB nur solche Verträge betreffe, bei denen der Wille beider Vertragspartner auf eine Verpflichtung zur Übertragung des gesamten gegenwärtigen Vermögens einer Partei ausgehe. Es genüge kein - wie in dem zur Entscheidung stehenden Falle - auf Übertragung einzelner bestimmter Vermögensstücke gerichteter Vertrag, wenn diese Vermögensgegenstände auch tatsächlich das ganze Vermögen einer Partei ausmachen (RGZ 69, 416/420; 94, 314).

Aus dieser Entscheidung ergibt sich also, daß der B G H nur solche Verträge unter § 1822 Ziff. 1 fallen lassen will, in denen sich der Veräußerer verpflichtet, über sein gesamtes Vermögen en bloque zu verfügen, ohne daß die Vermögensgegenstände im Vertrag einzeln aufgezählt sein dürfen.

I. Die Rechtsprechung des RG zu § 1444 a.F. BGB

- 1) Zum Vergleich mit § 1444 a.F. wird eine R G - Entscheidung aus dem 94.Bd.¹⁷⁶⁾ angeführt.¹⁷⁷⁾ In dem dort

- 4) DNotZ 57, 503 ff = JZ 57, 382 = FamRZ 57, 121 ff

- 5) Abg. S e i d l , Bericht des Rechtsausschusses zu BT Drucks. S.6; W ö r b e l a u e r NJW 60, 794; E p p i g aaO.S.56; ff; K r ü g e r - B r e e t z k e - N o w a c k § 1365 A.1; B G B - R G R K § 1365 A.13; M a s s f e l l e r Betr.57, 499

- 6) RGZ 94, 314 ff

- 7) S e i d l, Bericht des Rechtsausschusses zu BT Drucks.S.6; W ö r b e l a u e r NJW 60, 794 ff; E p p i g aaO.S.56; R e i n i c k e NJW 57, 890; K o e n i g e r DRiZ 59, 372; B G B - R G R K § 1365 A.13; A c h i l l e s - G r e i f f B e i t z k e § 1365 A.1; F i n k e MDR 57, 515

entschiedenen Falle wurden die Voraussetzungen des § 1444 deshalb geprüft, weil zwischen der Veräusserin, der Stiefmutter der Kläger, und den Klägern eine fortgesetzte Gütergemeinschaft bestehen sollte. § 1444 wurde entsprechend auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft angewendet (§ 1487 BGB). Die Veräusserin hatte nämlich in einem Leibrentenvertrag ihr gesamtes Vermögen auf die Beklagte übertragen. Eine Einwilligung der Kläger hatte sie hierzu nicht eingeholt. In dem Vertrag waren die einzelnen Vermögensstücke aufgezählt, wobei gleichzeitig erwähnt war, daß in diesen das gesamte Vermögen der Veräusserin bestand.

Nachdem das R G ausgeführt hatte, daß der Zweck des § 1444 im Gegensatz zu § 311 BGB, der den Veräusserer vor unüberlegtem Handeln schützen solle, darin bestehe, zu verhindern, "daß der Gütergemeinschaft das Substrat und der Ehefrau ihre Rechte am Gesamtgut" durch Geschäfte des Mannes entzogen werden, macht das R G folgende Feststellung: "Von diesem Gesichtspunkt aus muß es aber für die Gültigkeit eines ohne Einwilligung des anderen Gütergemeinschaftsgenossen geschlossenen Vertrages ohne Bedeutung sein, wenn in dem Vertrag, aus dem e r - s i c h t l i c h ¹⁷⁸⁾ ist, daß er das Gesamtgut im ganzen zum Gegenstand hat, auch noch die einzelnen, Gesamtgut ausmachenden Vermögensbestandteile aufgezählt sind."

Aus dieser Entscheidung geht also lediglich hervor, daß die Voraussetzungen des § 311 für § 1444 a.F. nicht vorliegen müssen. Es genügt, daß im Vertrag die einzelnen Gegenstände aufgezählt sind und gleichzeitig erwähnt wird, daß es sich um das ganze Vermögen des Verfügenden handelt. Nicht erwähnt wird aber, - das war auch für den entschiedenen Fall nicht erforderlich - wie diejenigen Fälle zu behandeln sind, bei denen im Vertrag als solchem

178) Die Sperrung wurde von mir vorgenommen.

nicht festgestellt wurde, daß es sich um ein Rechtsgeschäft über das gesamte Vermögen handelt.

Die zu § 419 entwickelten Lehren

Am häufigsten werden die zu § 419 entwickelten subjektiven Theorien für die Auslegung des § 1365 herangezogen.¹⁷⁹⁾

§ 419 knüpft an die Übernahme eines Vermögens die Rechtsfolge einer kumulativen Schuldübernahme durch den Erwerber des Vermögens, ohne daß der Abschluß eines Schuldübernahmevertrages erforderlich ist. Die Lehre und Rechtsprechung hat nun die Frage aufgeworfen, ob dem Erwerber besonders dann, wenn das Vermögen nur aus einem oder einer Mehrheit von Gegenständen besteht, diese Rechtsfolge zugemutet werden kann, wenn er nicht gewußt hat, daß es sich bei dem übernommenen Vermögen um das gesamte Vermögen des Veräußerers handelt und wenn er dies auch nicht aus den Vermögensverhältnissen des Veräußerers entnehmen konnte. Hierzu haben sich nun drei Theorien, die objektive, die subjektive und die sogenannte objektiv-subjektive Theorie entwickelt.

1) Die o b j e k t i v e Theorie stellt es lediglich auf den Tatbestand der Vermögensübernahme ab. Eine Kenntnis des Erwerbers, daß es sich bei den übernommenen Vermögensgegenständen um das gesamte Vermögen des Veräußerers handelt, ist nach ihrer Ansicht nicht erforderlich. Sie beruft sich darauf, daß § 419 dem Schutz der Gläubiger diene, und daß sich diese am sichersten aus den dem Veräußerer vor der Übernahme gehörenden Gegenständen befriedigen können. Das eventuell für die Veräußerung enthaltene Entgelt biete zu wenig Sicherheit für die Befriedigung der Gläubiger, da der Veräußerer es leicht beiseite bringen könne. Dieser Schutz der Gläubiger solle nicht

2) Vgl. die Nachweise in Anm. 190, 191, 193 - 198

dadurch illusorisch gemacht werden, daß der Übernehmer nur dann haften solle, wenn der Erwerber wußte, daß es sich um eine Vermögensübernahme gehandelt hat.¹⁸⁰⁾

- 2) Demgegenüber verlangt die rein s u b j e k t i v e Theorie in allen Fällen, ganz gleich, ob sich das Vermögen aus einem einzigen Gegenstand bzw. aus einer Mehrheit oder aus einer beliebigen Anzahl von Gegenständen zusammensetzt, daß der Erwerber wenigstens die Verhältnisse kennt, aus denen sich ergibt, daß es sich bei den übernommenen Vermögensgegenständen um das gesamte Vermögen des Veräußerers handelte.¹⁸¹⁾ Hierbei gehen die Meinungen darüber auseinander, ob lediglich der Erwerber oder beide Vertragspartner diese Kenntnis haben müssen.¹⁸²⁾

Diese Ansicht begründet man vor allem mit Erwägungen der Verkehrssicherheit. Es sei dem gutgläubigen Erwerber nicht zuzumuten, für die Schulden des Veräußerers zu haften, wenn er Vermögensgegenstände in Unkenntnis darüber, daß sie das gesamte bzw. wesentliche Vermögen des Veräußerers bilden, übernommen hat. Ferner beruft man sich darauf, daß, wenn das Vermögen in Grundstücken bestehe, eine Ausschaltung des Gutgläubensschutzes des § 892 erreicht werden könne. Wenn der Veräußerer nämlich

180) Vgl. R G in RGZ 85, 168; 92, 85; HRR 29, Nr. 1569; WarnRspr. 31, 168; B e r g e n r o t h MDR 53, 140 ff

181) Vgl. R G in RGZ 69, 420 ; 134, 124 ff; 160, 14; Recht 915, Nr. 1758; R o s p a t t JR 34, 51 u. 63/64; E s s e r Lehrbuch S.433; P a l a n d t - D a n c k e l m a n n § 419 A.3c

182) Das R G verlangt in RGZ 69, 420; Recht 1915, Nr. 1758, daß beide Parteien die Kenntnis haben, dagegen begnügt es sich in RGZ 134, 124 ff und 160, 14 mit der Kenntnis auf Seiten des Erwerbers. P a l a n d t - D a n c k e l m a n n (A.3c) und E s s e r, Lehrbuch (S.433) stellen es lediglich auf die Kenntnis des Erwerbers ab, wobei E s s e r eine Ausnahme hiervon macht, wenn Gegenstand des Rechtsgeschäftes nur ein einzelner Gegenstand ist.

vor der Vermögensübergabe die dingliche Sicherheit an dem Grundstück lösche, die persönliche Forderung aber bestehen bleibe, so würde der Erwerber das Grundstück in der Annahme übernehmen, daß es nicht als Haftungsobjekt für noch bestehende Forderungen in Frage kommen könne. In Wirklichkeit können sich aber die Gläubiger des Veräußerers nach der Vermögensübernahme noch aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung in das Immobilienvermögen auf Grund der Haftungsübernahme gemäß § 419 befriedigen.

- 3) Eine vermittelnde Lehre stellt die o b j e k t i v - s u b j e k t i v e Theorie dar. Grundsätzlich steht sie auf dem Standpunkt der objektiven Theorie, verlangt jedoch bei der Übernahme einzelner Gegenstände oder einer Mehrheit von Gegenständen, daß der Übernehmer wenigstens die Verhältnisse kennt, aus denen sich die Vermögensübernahme ergibt.¹⁸³⁾

Die Ansicht, daß beide Parteien von der Vermögensübernahme Kenntnis haben müssen, wird hier nicht vertreten.

In der Begründung verwendet sie die gleichen Erwägungen wie die rein subjektive Theorie, geht aber davon aus, daß die Kenntnis des Erwerbers dann nicht zu fordern sei, wenn die Vermögensübernahme in der Übertragung mehrerer Vermögensgegenstände bestehe, da in diesen Fällen der Übernehmer mit einer Haftung für die Schulden des Veräußerers rechnen müsse.

- 4) Alle 3 Meinungen bestehen auch heute noch nebeneinander, wenn auch die rein objektive Theorie nurmehr selten vertreten wird.

183) Vgl. hierzu das R G in RGZ 154, 375 (diese Entscheidung bringt jedoch keine eindeutige Stellungnahme des R G, ob es die Erkenntnis des Erwerbers nur dann verlangen will, wenn Gegenstand des Rechtsgeschäfts nur ein einzelner Gegenstand ist); E n n e c c e r u s - L e h m a n n, Lehrbuch § 86 II 1 b; B l o m e y e r Lehrbuch § 44 V 1; S o e r g e l - S i e b e r t - S c h m i d t § 419 A.6; E r m a n - W e s t e r m a n n § 419 A. 3

Aus dem Erörterten ergibt sich, daß schon innerhalb des § 419 bislang keine Klarheit darüber erreicht werden konnte, ob die kraft Gesetzes eintretende kumulative Schuldübernahme die Kenntnis des Erwerbers von dem Tatbestand der Vermögensübernahme zur Voraussetzung hat oder nicht. Wenn solche subjektiven Voraussetzungen bejaht werden, bleibt immer noch unklar, ob beide Parteien oder nur der Erwerber hiervon Kenntnis haben muß.

§ 12

Die Analogiefähigkeit dieser Lehren

I. Die Rechtsprechung des BGH zu § 1822 Ziff. 1

Der Rechtsausschuß hat in seinem Bericht des Abgeordneten Seidl¹⁸⁴⁾ auf die Entscheidung des BGH zu § 1822 Ziff. 1 hingewiesen. Er bezeichnet es als zweifelhaft, ob die Grundsätze, die zu § 1822 Ziff. 1 vom BGH hierzu vertreten werden, auch auf § 1365 angewendet werden sollen und vertritt dann in seinen weiteren Ausführungen die objektiv-subjektive Theorie.

In der Rechtsprechung und im Schrifttum¹⁸⁵⁾ wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß § 1365 nicht zur Voraussetzung habe, daß eine "Verfügung" über das Vermögen im ganzen en bloque vereinbart werden müsse. Man begründet das damit, daß § 1365 seinen Zweck, die wirtschaftliche Grundlage und den künftigen Zugewinnausgleichsanspruch des Ehegatten zu schützen, nicht erfüllen

184) Zu BT Drucks. S. 6

185) OLG Hamm FamRZ 59, 118 ff = NJW 59, 104 = DNotZ 59, 259 = RdZ 59, 49 = Rpfl. 59, 10; Erman - Finkbein § 1365 A.3; Krüger - Breetzke - Nowack § 1365 A.1; Bärmann AcP 157, 162 f; Boesebeck Betr. 58, 1147; Müller - Freienfels JZ 57, 692 f; Reinicke - Schwarzhaupt, Gleichberechtigung, S. 17; Tiedau, MDR 58, S. 377 ff

könne, wenn nur solche Rechtsgeschäfte unter § 1365 fallen würden. Zur Verstärkung dieser Begründung beruft man sich auch auf die oben erörterte Entscheidung des R G zu § 1444 a.F.,¹⁸⁶⁾ in der das R G den Standpunkt vertreten hat, § 1444 habe nicht zur Voraussetzung, daß eine Veräußerung des Gesamtgutes en bloque erfolgen müsse und die einzelnen Vermögensgegenstände im Vertrag nicht aufgezählt sein dürfen.

Lediglich M a s s f e l l e r¹⁸⁷⁾ vertritt hierzu die entgegengesetzte Ansicht und beruft sich hierbei auf die genannte B G H - Entscheidung.

Die überwiegende Meinung verdient den Vorzug. Die Richtigkeit der vom B G H vertretenen Lehre zu § 1822 Ziff. 1 muß schon für diese Bestimmung angezweifelt werden, wie wir schon im § 3 III dieser Abhandlung des näheren ausgeführt haben.

Es ist richtig, wenn die herrschende Meinung es auf den Zweck des § 1365 abstellt. § 1365 würde sonst seine Bedeutung verlieren, wollte man lediglich Veräußerungen über das Vermögen im ganzen en bloque unter seinen Schutz stellen.

Auch die Berufung der überwiegenden Meinung auf RGZ 94, 314 ff ist gerechtfertigt, da die §§ 1444 a.F. und 1365 ähnliche Zwecke verfolgen. Der Zweck des § 1365 geht zwar weiter als der des § 1444, da neben der Lebensgrundlage der Familie auch der zukünftige Zugewinnausgleichsanspruch geschützt wird. Dies kann jedoch für die Übertragung der vom R G vertretenen Meinung keinerlei Bedeutung haben.

Unter § 1365 fallen also auch Rechtsgeschäfte, bei denen die einzelnen Gegenstände im Vertrag einzeln aufgeführt werden, wenn diese tatsächlich das gesamte Vermögen darstellen. Ein Vertrag, in dem sich der Veräußerer verpflichtet, über sein Vermögen als Ganzes zu verfügen, ohne

¹⁸⁶⁾RGZ 94, 314 ff

¹⁸⁷⁾Betr. 57, 499

daß die einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenstände im Vertrag genannt sind, ist also nicht erforderlich.

II. Die Rechtsprechung des RG zu § 1444 a.F.

Lediglich **W ö r b e l a u e r**¹⁸⁸⁾ will die Rechtsprechung des R G zu § 1444 auf § 1365 übertragen. Er will grundsätzlich nur solche Verträge unter § 1365 fallen lassen, in denen ausdrücklich erwähnt ist, daß es sich um ein Rechtsgeschäft über das gesamte Vermögen des Ehegatten handelt. Darauf, ob im Vertrag die einzelnen Gegenstände aufgezählt sind, komme es jedoch nicht an.¹⁸⁹⁾ Zur Begründung seiner Ansicht beruft er sich auf R G Z 94, 314 ff und auf die B G H - Entscheidung zu § 1822 Ziff. 1, die auch die Entscheidung des R G zu § 1444 a.F. zitiert.

Er versteht die Entscheidung des B G H so: es komme "weder auf den objektiven Tatbestand - daß die übertragenen Vermögensstücke in Wirklichkeit das gesamte Vermögen ausmachen - noch auf die Kenntnis der Parteien hierüber, der Vertrag als solcher müsse (seinem Inhalt nach) ersichtlich auf die Übertragung des Vermögens als ganzes gerichtet sein." Da ihm aber der Anwendungskreis des § 1365 auf diese Weise als zu eng erscheint, will er § 1365 bei schwerwiegenden Rechtsgeschäften auch dann anwenden, wenn im Vertrag nicht ausdrücklich erwähnt ist, daß es sich um ein Rechtsgeschäft über das ganze Vermögen des Ehegatten handelt. Er lehnt für diesen Fall auch die Anwendung der

188) NJW 60, 794 ff

189) Ähnliches wird von **R i t t n e r**, FamRZ 61, 10 u. 16 vertreten. Nach ihm ist allein maßgebend, daß die Parteien das Vermögen zum Geschäftsinhalt machen, und was sie im einzelnen damit meinen. Es können auch die einzelnen Gegenstände im Vertrag aufgezählt sein. Es genügt aber nicht, daß diese rein tatsächlich das ganze Vermögen darstellen. Es kommt nach seiner Ansicht wesentlich darauf an, daß die Vertragspartner das ganze Vermögen zum Vertragsinhalt gemacht haben.

subjektiven Theorie ab. Diese Erweiterung rechtfertigt er damit, daß bei den §§ 1444 a.F. und 1822 Ziff. 1 Probleme wie in § 1365 gar nicht auftauchen könnten, da diese noch durch weitere, speziellere Verfügungsbeschränkungen erweitert werden, wie z.B. durch die der §§ 1445 a.F. und 1821.

W ö r b e l a u e r s Auslegung der besagten B G H - Entscheidung ist nicht richtig. Der B G H stellt klar in seiner Entscheidung heraus, daß nur Verträge unter § 1822 Ziff. 1 fallen sollen, bei denen eine Aufzählung der einzelnen Gegenstände nicht stattgefunden hat. Die Bezugnahme des B G H auf RGZ 94, 314 ff geschieht in dem Satz, in dem der Senat ablehnt, daß Verträge, bei denen eine Aufzählung der Gegenstände im Vertrag stattgefunden hat, unter § 1822 Ziff. 1 fallen sollen. Damit will er sagen, daß es in § 1822 Ziff. 1 nicht so liegt wie bei § 1444 a.F., zu dem das R G erörtert hat, daß diese Verträge unter § 1444 fallen sollen. Damit erscheint die Berufung auf diese BGH-Entscheidung zur Begründung dieser Ansicht als nicht gerechtfertigt.

Überdies muß die Ansicht W ö r b e l a u e r s auch deshalb abgelehnt werden, weil diese, wie er ja auch selbst erkennt, eine zu weitgehende Einengung des § 1365 bedeuten würde und dem Zweck des § 1365 somit zuwider laufen würde.

Es zeigt sich also, daß § 1365 nicht nur dann Anwendung finden kann, wenn im Vertrag ausdrücklich festgestellt ist, daß der Ehegatte über sein gesamtes Vermögen verfügen will.

Die zu § 419 entwickelten Theorien

Der Hauptstreit kreist um die Frage, ob die subjektiven Theorien, die für § 419 entwickelt wurden, auf § 1365 übertragen werden können.

- 1) L a u t e r b a c h ¹⁹⁰⁾ u.a. ¹⁹¹⁾ vertreten die rein subjektive Theorie. Sie begründen ihre Ansicht damit, daß auf den gutgläubigen Erwerber Rücksicht zu nehmen sei. Es wird ferner auf die Rechtsprechung des R G zu § 1444 a.F. Bezug genommen.

Darüber, ob beide Parteien oder nur der Erwerber wissen muß, daß es sich um ein Rechtsgeschäft über das Vermögen im ganzen handelt, gehen die Meinungen, soweit diese Frage überhaupt erörtert wird, auseinander.¹⁹²⁾

Bei Anwendung der subjektiven Theorie innerhalb des § 1365 wäre noch die Frage zu erörtern, ob die Kenntnis des Erwerbers bzw. beider Teile schon beim Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts vorliegen muß, oder ob es genügt, daß diese erst beim Verfügungsgeschäft vorhanden ist. Diese Frage wurde jedoch von den Vertretern der subjektiven Theorie bislang nicht behandelt.

- 2) Für eine Analogie der objektiv - subjektiven Theorie hat sich der Rechtsausschuß¹⁹³⁾ ausgesprochen. Aus dem Bericht des Abgeordneten S e i d l geht hervor, daß dieser der Ansicht gewesen ist, daß § 1365 bei Rechtsgeschäften über einen einzelnen Vermögensgegenstand oder eine Mehrheit von Vermögensgegenständen nur Anwendung finden könne, wenn die Parteien die positive

190) P a l a n d t - L a u t e r b a c h § 1365 A.2

191) A c h i l l e s - G r e i f f - B e i t z k e § 1365 A.1; E r m a n - F i n k e § 1365 A.3; P a l a n d t - H o c h e § 892 A.5c (zweifelnd); B o e s e b e c k Betr. 58, 1147; C u n t z BB 58, 1226 ff; O b e r - m ü l l e r BB 58, 535 ff; R e i n i c k e, NJW 57, 890; L G I t z e h o e FamRZ 59, 249; R e i t h m a n n DNotZ 61, 4 ff

192) Beide Parteien müssen die Kenntnis haben: L G I t z e h o e;
Der Erwerber muß die Kenntnis haben: P a l a n d t -
L a u t e r b a c h § 1365, A.2

193) Zu BT Drucks. 3409 S.6

Kenntnis davon hätten, daß der einzelne Gegenstand oder die Mehrheit der Gegenstände das gesamte Vermögen des Ehegatten darstellen. Im Anschluß an diese Erörterung wird die erwähnte R G - Entscheidung zu § 1444 a.F. zitiert.

In der Rechtsprechung und im Schrifttum neigen der o b j e k t i v - s u b j e k t i v e n Theorie das OLG Hamm,¹⁹⁴⁾ S c h e f f l e r,¹⁹⁵⁾ L e h m a n n¹⁹⁶⁾ und B o e h m e r¹⁹⁷⁾ 198) zu. Ihre meisten Vertreter berufen sich auf die Ausführungen des Rechtsausschusses und wollen durch die Anwendung dieser Theorie den gutgläubigen Erwerber schützen.

K o e n i g e r¹⁹⁹⁾ dagegen will seine Ansicht damit begründen, daß § 1365 immer eine durch § 419 bedingte Schuldübernahme nach sich ziehe. Eine verschiedene Auslegung von § 419 und § 1365 sei deshalb nicht tragbar.

94) FamRZ 60, 278 ff = NJW 60, 1466 = RpfL 60, 227

95) B G B - R G R K § 1368 A.6

96) L e h m a n n, Familienrecht S.84/85

97) B o e h m e r FamRZ 59, 4

98) Ebenso LG B i e l e f e l d FamRZ 59, 247; B ä r m a n n AcP 157, 160/161 u. JZ 58, 226/227; B e r g e s KTS 58, 69; F i n k e MDR 57, 515; H a e g e l e RpfL 59, 243; K o e n i g e r DRiZ 59, 372; M a s s f e l l e r - R e i n i c k e § 1365 A.2; R e i n i c k e BB 57, 565; R e i n i c k e - S c h w a r z h a u p t, Gleichberechtigung, S.17; S c h m i d t, Familienrecht, S.44; T i e d a u MDR 58, 379; K a m n i t z e r - B o h n e n b e r g § 1365; F i s c h e r NJW 60, 938

99) DRiZ 59, 372

Soweit diese Frage angeschnitten wird, wird die Kenntnis beider Vertragspartner oder nur die des Erwerbers verlangt. Eine Begründung wird auch im Rahmen dieser Theorie dafür nicht gegeben.

Nur lediglich das LG Bielefeld²⁰¹⁾ erörtert die Frage bei welchem Rechtsgeschäft die Kenntnis der Parteien vorliegen müsse und verlangt diese schon beim Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes.

- 3) Diese beiden vorgenannten Theorien - sie werden zusammenfassend als subjektive Theorie bezeichnet - werden von Landgerichten Bremen²⁰²⁾ und Berlin²⁰³⁾ von Lorenz²⁰⁴⁾ und anderen²⁰⁵⁾ abgelehnt.

Der objektiven Theorie geben ferner den Vorzug ohne sich jedoch festlegen zu wollen, Knurr²⁰⁶⁾ Meyer - Stolte²⁰⁷⁾ und Bosch²⁰⁸⁾.

-
- 200) Beide Parteien müssen die Kenntnis haben: Bericht des Rechtsausschusses zu BT Drucks.S.6; Reinicke - Schwarzhaupt, Gleichberechtigung, S.17; Koeniger DRiZ 59, 372; LG Bielefeld FamRZ 59, 247.
Nur der Erwerber muß die Kenntnis haben: OLG Hamm FamRZ 60, 278 = NJW 60, 1467 = RpfL 60, 227

201) FamRZ 59, 247

202) FamRZ 59, 245 = MDR 59, 127

203) FamRZ 59, 66

204) JZ 59, 106/107

205) Schulz - Kersting JR 59, 136; Baur JZ 228; Eppig, aaO.S.53 ff; Beitzke, Familienrecht § 13 II 1; Weimar NJW 59, 1478 ff

206) DNotZ 57, 454

207) FamRZ 59, 229

208) FamRZ 57, 195 Anm.85 a u. FamRZ 58, 298

K n u r weist daraufhin, daß diese Theorie von § 419 übernommen sei und bezweifelt ihre Analogiefähigkeit, da § 419 einen anderen Tatbestand, eine andere Rechtsfolge und einen anderen Gesetzeszweck habe. Dieser Hinweis wird von L o r e n z ²⁰⁹⁾, B a u r ²¹⁰⁾ und E p p i g ²¹¹⁾ aufgenommen. E p p i g zeigt außerdem auf, daß bei Anwendung der subjektiven Theorie in § 1365 praktisch ein Gutgläubensschutz erreicht werde, der aber vom Gesetzgeber nicht gewollt sei. Auch B e i t z k e ²¹²⁾ ist derselben Ansicht und weist noch daraufhin, daß, wollte man in § 1365 die subjektive Theorie anwenden, § 1365 in subjektiver Hinsicht anders behandelt werde als § 1369, auf den diese Theorie keine Anwendung finde.

Derselbe und mit ihm auch B o s c h ²¹³⁾ und M e y e r - S t o l t e ²¹⁴⁾ lehnen die subjektive Theorie besonders deshalb ab, weil diese mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 1365 nicht zu vereinbaren sei.

- 4) Wenn sich der Rechtsausschuß und die Vertreter der subjektiven Theorien auf R G Z 94, 314 ff berufen, so übersehen sie, daß diese Entscheidung, wie wir schon oben ausgeführt haben, nur den Fall betrifft, daß im Vertrag als solchem a u s d r ü c k l i c h festgestellt wird, daß ein Rechtsgeschäft über das Vermögen im ganzen vorliegt. Die subjektive Theorie läßt sich deshalb mit ihr nicht begründen. ²¹⁵⁾

Auch die Begründung von K o e n i g e r , daß § 1365 eine Schuldübernahme gemäß § 419 nach sich ziehe und deshalb die für § 419 entwickelten Grundsätze auf § 1365 übertragen werden müssen, ist nicht stichhaltig. Wenn man bedenkt, daß in § 419 im Gegensatz zu § 1365 unter Vermögen nur die Aktiven verstanden werden, so zeigt sich, daß

09) JZ 59, 106/107

210) JZ 58, 228

11) aaO. 53 f

212) Familienrecht §13 II 1
u.Betr.61, 21 ff

13) Vgl.die Nachweise Anm.208) 214) Vgl.Anm.207)

15) Vgl.ebenso Eppig aaO.3.56

ein unter die Voraussetzungen des § 1365 fallendes Rechtsgeschäft gar nicht immer eine Schuldübernahme beim Erwerber zur Folge haben muß. In § 1365 kann ein Rechtsgeschäft über das Vermögen im ganzen schon sehr viel eher vorliegen als in § 419.

Das Argument der objektiven Theorie, daß die Rechtsprechung zu § 419 nicht auf § 1365 übertragbar sei, da eine Analogie bei so verschiedenen Gesetzesbestimmungen nicht mehr zu rechtfertigen sei, ist sehr beachtlich. Auf die Verschiedenheiten der beiden Vorschriften in Tatbestand, Rechtsfolge und Gesetzeszweck wurde schon in § 3 V aufmerksam gemacht. Es kann deshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden. Bedeutsam ist vor allem die Verschiedenheit in der Rechtsfolge. Die Anwendung der subjektiven Theorie stellt unserer Ansicht nach innerhalb des § 419 einen Ersatz dafür dar, daß der Gesetzgeber eine Schuldübernahme ohne Abschluß eines Schuldübernahmevertrages zustande kommen lassen will. Die Anhänger der subjektiven Theorie wollen die Haftung des Vermögensübernehmers wenigstens nicht ohne seine, der Übernahme vorausgehende Kenntnis von den Vermögensverhältnissen des Veräußerers zulassen, damit jener mit einer Inanspruchnahme durch die Gläubiger des Schuldners rechnen kann. Der Versuch, den gutgläubigen Vermögensübernehmer auf diese Weise zu schützen, ist innerhalb des § 419 durchaus begreiflich, vor allem dann, wenn das Vermögen aus einem einzelnen Gegenstand besteht. In § 1365 tritt lediglich die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes ein, aber keine Haftungsübernahme. Die Rechtsfolge des § 1365 ist damit weniger schwerwiegend als die des § 419. Die Notwendigkeit der Übertragung der subjektiven Theorie auf § 1365 erscheint deshalb schon als zweifelhaft.

E p p i g hat recht, wenn sie darauf hinweist, daß bei Anwendung der subjektiven Theorie in § 1365 ein Gutgläubensschutz für den Fall erreicht werde, daß dem Erwerber

nicht bekannt war, daß die übernommenen Gegenstände das gesamte Vermögen des Veräußerers darstellen. Da der Gesetzgeber den Schutz des gutgläubigen Erwerbers aber bewußt ausschliessen wollte, wie wir noch im 3. Teil dieser Arbeit beweisen werden, lehnt E p p i g zu Recht die subjektive Theorie für § 1365 ab. Ihrer Begründung sei noch hinzugefügt, daß auf diese Weise der Gutglaubensschutz sehr viel weiter gehen würde als der eigentliche Gutglaubensschutz. Forderungen sind grundsätzlich nicht gutgläubig erwerbbar. Mit Hilfe der subjektiven Theorie in § 1365 wäre das aber möglich.

Am treffendsten erscheint jene Ansicht, die sich für die Ablehnung der subjektiven Theorie auf den Sinn und Zweck des § 1365 beruft. Wollte man nämlich § 1365 nur bei Kenntnis des Erwerbers bzw. beider Parteien anwenden, so würde man den Schutz der familiären Ansprüche von den subjektiven Vorstellungen des Erwerbers bzw. der Parteien abhängig machen. Der Gesetzgeber hat nun aber bewußt ein absolutes Veräußerungsverbot - wir werden das noch in § 18 I zu erörtern haben - erlassen. Er wollte dadurch erreichen, daß der Schutz der familiären Interessen sichergestellt werde. Damit hat er gezeigt, daß er den Interessen der Familie gegenüber denen gutgläubiger dritter Personen den Vorrang geben wollte.

Diese Ansicht wird auch durch § 1386 II Ziff. 1 bestätigt. Hiernach kann der Ehegatte, wenn sein Ehepartner ein Rechtsgeschäft der in § 1365 bezeichneten Art vorgenommen hat und hierdurch eine Gefährdung des Zugewinnausgleichsanspruches zu besorgen ist, Klage auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns erheben.

Wenn § 1365 voraussetzen würde, daß der Erwerber bei Abschluß des Vertrages davon Kenntnis haben müßte, daß es sich bei den übernommenen Gegenständen um das gesamte Vermögen des Ehegatten handelt, so könnte der Ehegatte in allen Fällen, in denen diese Kenntnis nicht vorlag, diese

Klage nicht erheben und trotzdem würde eine Gefährdung des Zugewinnausgleichsanspruchs eintreten. Oder müßte man für diese Klage dann von den subjektiven Voraussetzungen in § 1365 absehen? Dann käme man zu dem Ergebnis, daß in solchen Fällen das Rechtsgeschäft wirksam bliebe, aber die Klage auf vorzeitigen Zugewinnausgleich möglich wäre. Bei Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts wäre aber eine Geltendmachung des Anspruchs, wie wir schon in § 2 III 2 gezeigt haben, sehr erschwert. Es zeigt sich also, daß für die Anwendung der subjektiven Theorie in § 1365 kein Raum ist. § 1365 ist auch dann anzuwenden, wenn der Erwerber bei Abschluß des Rechtsgeschäftes nicht gewußt hat, daß der Ehegatte über sein gesamtes bzw. wesentliches Vermögen verfügt.

§ 13

Die sog. "Eigenschaftstheorie"

I. Darlegung der Eigenschaftstheorie

E p p i g lehnt die in § 419 entwickelte subjektive Theorie - wie schon oben erörtert wurde - als nicht analogiefähig ab. Sie will aber doch den gutgläubigen Erwerber schützen, da der Gesetzgeber, wie sie annimmt, es nicht zum Ausdruck gebracht habe, daß er den Schutz des Zugewinnausgleichsanspruches über den des Verkehrs stellen will.²¹⁶⁾ Sie hält es auch nicht für gerechtfertigt, die Sicherung dieses Anspruches dem des Verkehrsschutzes vorzuziehen, da dieser Anspruch gar nicht immer zur Entstehung gelange. Aus diesem Grunde sucht sie nach einer neuen Lösung, gutgläubige Dritte zu schützen und entwickelt die sogenannte Eigenschaftstheorie.²¹⁷⁾

216) aaO S.69 f

217) aaO S.61 ff

Sie bezeichnet den Umstand, daß ein Gegenstand zum gesamten Vermögen einer Person gehört, als eine Eigenschaft dieses Gegenstandes. Sie beruft sich hierbei auf die von C o i n g und L e h m a n n gegebene Definition einer Eigenschaft. C o i n g ²¹⁸⁾ versteht unter Eigenschaft "alles, was den betreffenden Gegenstand in irgendeiner Hinsicht bestimmt und bezeichnet." L e h m a n n ²¹⁹⁾ sieht als Eigenschaften "alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse einer Person oder Sache, die für ihre Individualisierung, ihren Wert oder ihre Verwendbarkeit für irgendeinen Lebenszweck bedeutsam sind," an.

E p p i g stellt dann fest, daß für einen Gegenstand, dem das Merkmal "Vermögen im ganzen" anhafte, im Rechtsverkehr besondere Vorschriften gelten, die auch den Wert und die Marktfähigkeit beeinflussen. Sie führt hierfür die §§ 419 und 1365 an. Sie kommt damit zu der Feststellung, daß der Umstand, daß ein Gegenstand das gesamte Vermögen einer Person ist, eine Eigenschaft dieses Gegenstandes ist.

Die Vertragspartner müssen nach ihrer Ansicht beim Vertragsschluß die Vorstellung von dieser Eigenschaft haben. Ein Vertrag über das Vermögen im ganzen liege deshalb nur vor, wenn der Umstand, daß der Gegenstand das gesamte Vermögen des Ehegatten ist, Vertragsinhalt geworden ist. Die Parteien müssen deshalb diese Eigenschaft kennen und sich vorstellen. Wenn sie diese Vorstellungen nicht haben, dann sei nur ein Gegenstand mit den Eigenschaften, die einem Gegenstand derselben Gattung normalerweise zukommen, Vertragsobjekt. Der Umstand, daß ein Gegenstand zum gesamten Vermögen einer Person gehöre, hafte normalerweise einem Gegenstand aber nicht an. E p p i g will aus diesem Grund nur Verträge unter § 1365 fallen lassen, bei denen beide Parteien von "der Eigenschaft", daß der Gegenstand zum gesamten Vermögen des Veräußerers gehört, Kenntnis haben und sich diese auch vorstellen.

3) S t a u d i n g e r - C o i n g § 119 A.17

4) Allgem. Teil § 34 III 1 e

Sie verlangt also nicht nur die Kenntnis des Erwerbers, sondern auch die des Ehegatten. Auch für den Fall, daß der Erwerber die "Vermögen im ganzen - Eigenschaft" kennt und der Ehegatte nicht, will sie § 1365 für nicht anwendbar erklären.

Die Ansicht, daß eine Eigenschaft Vertragsinhalt werden könne, baut auf den Erwägungen von F l u m e ²²⁰⁾ hierzu auf.

II. Kritik

Der von E p p i g entwickelten Eigenschaftstheorie kann insbesondere deshalb nicht gefolgt werden, da sie davon ausgeht, daß der Umstand, daß ein Gegenstand das gesamte Vermögen einer Person darstellt, eine Eigenschaft dieses Gegenstandes ist.

Eigenschaften sind nur solche Verhältnisse, die dem Gegenstand als solchem anhaften, nicht aber sich daraus ergeben, daß der Gegenstand zu einer Person in Beziehung gesetzt wird. Auch C o i n g verlangt, daß das fragliche Merkmal eine bestimmte Beziehung zu dem Gegenstand selbst haben müsse.²²¹⁾ Der genannte Umstand kann also nicht als Eigenschaft bezeichnet werden. Das zeigt sich auch aus folgendem Beispiel: der gleiche Gegenstand, der bei A das gesamte Vermögen darstellt, kann, wenn er an B übertragen wird, diese sogenannte Eigenschaft verlieren, weil B ein größeres Vermögen als A besitzt.

Aus der Darstellung von E p p i g geht außerdem nicht klar hervor, wie die Frage konstruiert werden soll, wenn das Vermögen nicht aus einem einzelnen, sondern aus mehreren Gegenständen besteht. Diese würden dann ihre "Vermögen im ganzen - Eigenschaft" nicht nur durch ihre Beziehung zum Inhaber des Vermögens erhalten, sondern auch durch ihre Beziehung der Gegenstände zueinander.

220) Eigenschaftsirrtum und Kauf S.17 ff

221) wie Anm.211

Auch kann der Begründung nicht gefolgt werden, daß ein Gegenstand dadurch, weil er das gesamte Vermögen einer Person darstellt, den Wert und die Marktfähigkeit verliert. Der Wert kann durch § 419 nur dann beeinträchtigt werden, wenn der Veräußerer verschuldet ist. Nur dann kann die Folge des § 419, die Schuldübernahme, eintreten. Ähnliches gilt für § 1365, da er ja nur ein b e - d i n g t e s Veräußerungsverbot enthält, der andere Ehegatte aber die Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft erteilen kann.

Damit entfällt die Basis dieser Eigenschaftstheorie. Eine Erörterung der Ansicht F l u m e ' s über den Inhalt des rechtsgeschäftlichen Willens erübrigt sich damit.

Zu der Ansicht von E p p i g soll nur noch gesagt sein, daß § 1365 vor allem die wirtschaftliche Grundlage der Familie schützen soll, wie wir schon im § 2 gezeigt haben. Es ist deshalb nicht richtig, den Verkehrsschutz über die Interessen der Familie stellen zu wollen. Auch wenn § 1365 nur den Zugewinnausgleichsanspruch schützen sollte, erscheint dies als zweifelhaft. Wir haben schon bei Ablehnung der subjektiven Theorie darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber deutlich gezeigt hat, daß er einen solchen Schutz nicht schaffen wollte. Damit wird auch die Ansicht von E p p i g abgelehnt, nach der der gutgläubige Dritte unbedingt eines Schutzes bedarf.

§ 14

Zusammenfassung des IV. Kapitels

Die vorangehenden Darlegungen haben ergeben, daß weder die zu § 1822 Ziff. 1 noch die zu den §§ 1444 a.F. und 419 entwickelten Lehren auf § 1365 übertragen werden können. Vor allem aus dem Schutzgedanken des § 1365 ist zu entnehmen, daß es auf irgendwelche subjektiven Vorstellungen der Beteiligten nicht ankommen kann.

Jeder Vertrag, in dem sich ein Ehegatte verpflichtet, über Vermögensgegenstände, die tatsächlich sein gesamtes bzw. wesentliches Vermögen darstellen, zu verfügen, bedarf damit der Zustimmung des anderen Ehegatten. Das gleiche hat für die entsprechenden Verfügungsgeschäfte zu gelten, soweit der Verpflichtungsvertrag ohne die erforderliche Zustimmung abgeschlossen wurde.

Das gleiche gilt, wenn die Verpflichtung zur Verfügung über das gesamte Vermögen in mehreren Verträgen eingegangen wurde. Entscheidend ist auch hier wieder der Zweck des § 1365. Mit Rücksicht auf den Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie und des Zugewinnausgleichsanspruches kann es nicht darauf ankommen, ob die Verpflichtung in mehreren Verträgen gegenüber derselben Person oder gegenüber mehreren Personen übernommen wurde. Auch hier müssen die Interessen der Familien den gutgläubiger Vertragspartner vorgehen.

222) Vgl. hierzu die Darlegungen § 6 V

V. K a p i t e l

Der durch § 1365 gebundene Personenkreis

Wenn wir die Frage nach dem durch § 1365 gebundenen Personenkreis stellen, wollen wir festlegen, ob auch die Personen, die anstelle des Ehegatten Rechtshandlungen über das gesamte Vermögen desselben vornehmen sollen, hierzu der Zustimmung des anderen Ehegatten bedürfen.

Für die rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Vertreter bedarf es keiner besonderen Erwägung. § 164 BGB bestimmt ja, daß sie im Namen des Vertretenen mit Wirkung für und gegen diesen handeln. Hieraus ergibt sich, daß ihre Rechtshandlungen vom Gesetzgeber in jeder Beziehung so angesehen werden, als wären sie vom Vertretenen selbst vorgenommen. Damit muß auch für sie die Einschränkung des § 1365 gelten. Fraglich ist dagegen die Stellung des Testamentsvollstreckers und des Konkurs- und Nachlaßverwalters.

§ 15

Der Testamentsvollstrecker

Auch der Testamentsvollstrecker kann eine Verfügung über das gesamte Vermögen des Ehegatten vornehmen, nämlich wenn das einzige Vermögen des Ehegatten in seinem Erbe besteht.

Meyer - St o l t e²²³⁾ H a e g e l e²²⁴⁾ und das AG
D e l m e n h o r s t²²⁵⁾ wollen für seine Handlungen die
Zustimmung des anderen Ehegatten verlangen. Meyer- S t o l t e
und H a e g e l e sehen in ihm anscheinend den gesetzlichen

223) FamRZ 59, 231

224) RpfL. 59, 242 f

225) FamRZ 59, 249

Vertreter des Erben. Das AG D e l m e n h o r s t geht zwar davon aus, daß der Testamentsvollstrecker aus eigenem Recht handele, stellt jedoch dann fest, daß seine Stellung der eines Bevollmächtigten sehr ähnlich sei.

Es ist hier nicht der Ort, um auf den Widerstreit der Vertreter- und Amtstheorie einzugehen, insbesondere deswegen, weil es bei der Lösung dieser Frage auf andere Momente abzustellen ist. Der Testamentsvollstrecker hat im Normalfall die Aufgabe, den letzten Willen des Erblassers zu vollstrecken (§ 2203 BGB), oder die Auseinandersetzung herbeizuführen (§ 2204 BGB) oder beide Aufgaben gleichzeitig zu erfüllen.²²⁶⁾

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung als Vollstreckung des Erblasserwillens hat den Sinn, daß der Erblasser durch die Bestellung einer ihm vertrauenswürdig erscheinenden Person über seinen Tod hinaus noch auf die Entwicklung und die Bedürfnisse des Nachlasses Einfluß nehmen kann.²²⁷⁾ Für den Testamentsvollstrecker ist also der Wille des Erblassers allein entscheidend, dagegen der Wille des Erben und seines Ehegatten nicht maßgebend. Der Erblasser wollte durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung bewußt die Willensbetätigung des Erben und damit auch die seines Ehegatten ausschalten. Anderenfalls könnte über das Zustimmungserfordernis nach § 1365 der Erbe über seinen Ehegatten auf die Handlungen des Testamentsvollstreckers Einfluß nehmen, worin eine Beeinträchtigung des Erblasserwillens liegen würde.

Soweit die Testamentsvollstreckung die Aufgabe hat, die Auseinandersetzung des Nachlasses durchzuführen, kann auf die Erörterungen über die Aufhebung und Auseinandersetzung der Mit-erbengemeinschaft zurückgegriffen werden. Die hiermit verbundenen Rechtshandlungen fallen nicht unter § 1365, da die Mit-erbengemeinschaft kraft Gesetzes entstanden ist und grundsätzlich nach Auseinandersetzung strebt, es sich hierbei lediglich um eine Realisierung des Erbteiles handelt. Eine Einfluß-

226) B a r t h o l o m e y c z i k, Erbrecht, § 42 I 4a; I u. I
E n n e c c e r u s - K ä p p - C o i n g, Lehrbuch § 125

227) B a r t h o l o m e y c z i k, aaO § 42 I 2

nahme des anderen Ehegatten auf diese Handlungen erschien uns deshalb nicht gerechtfertigt. Es kann bei der Auseinandersetzung, die durch einen Testamentsvollstrecker vorgenommen wird, nichts anderes gelten.

Es zeigt sich also, daß in beiden Fällen der Sinn der Testamentsvollstreckung zunichte gemacht würde, wollte man hier die Zustimmung des anderen Ehegatten auf Grund des § 1365 verlangen. Die Ansicht von Meyer - Stolte, Haegeler und des AG Delmenhorst ist deshalb abzulehnen. Die Rechtshandlungen des Testamentsvollstreckers unterliegen somit nicht der Beschränkung des § 1365.

§ 16

Die Vermögensverwalter

Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich für die Rechtshandlungen des Konkurs- und Nachlaßverwalters.

Meyer - Stolte²²⁸⁾ will es auf den Amtscharakter ihrer Handlungen abstellen. Er erwägt eine Ausschliessung des § 1365 für diese Fälle.

Diese Überlegung hat viel für sich, geht aber der Problematik dieser Frage nicht genügend auf den Grund. Dies zeigt sich am deutlichsten beim Konkursverwalter, weswegen wir mit der Darstellung desselben beginnen wollen.

I. Der Konkursverwalter

1. Die Konkursordnung bestimmt im § 13, daß Veräußerungsverbote der in § 135 BGB bezeichneten Art den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind. In § 135 handelt es sich um relative Veräußerungsverbote. Wäre § 1365 ein solches, so wäre die Frage einfach zu lösen.

228) FamRZ 59, 231

In der amtlichen Begründung zu § 1376 des Regierungsentwurfs,²²⁹⁾ im Schrifttum²³⁰⁾ und in der Rechtsprechung,²³¹⁾ die diese Frage im Zusammenhang mit der Ablehnung eines gutgläubigen Erwerbs von Sachen, deren Veräußerung nach den §§ 1365 und 1369 verboten ist, behandeln, wird § 1365 als ein absolutes Veräußerungsverbot angesehen. Lediglich Frank²³²⁾ hält § 1365 für ein relatives Veräußerungsverbot. Er vergleicht § 1365 mit den Verfügungsbeschränkungen der §§ 1395 ff a.F. BGB, für die durch § 1404 a.F. BGB ausdrücklich der Gutgläubensschutz ausgeschlossen worden sei. Hieraus sei zu entnehmen, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, daß es sich in den §§ 1395 ff BGB um relative Veräußerungsverbote handle, auf die sonst § 135 II BGB anzuwenden gewesen wäre. Die Rechtsnatur des § 1365 als relatives Veräußerungsverbot ergebe sich auch daraus, daß § 1365 zum Schutz der Familie erlassen sei. Es handle sich also um eine Bestimmung, die einen bestimmten Personenkreis schützen solle.

Letztere Begründung kann Anlaß zu Zweifeln geben, ob die herrschende Meinung wirklich recht hat, wenn sie annimmt, daß § 1365 ein absolutes Veräußerungsverbot enthalte. Wir müssen deshalb die Kriterien des absoluten und des relativen Veräußerungsverbotes gegenüberstellen, um zu erkennen, welcher Art das in § 1365 niedergelegte Verbot ist.

229) BT Drucks. 224 S.42

230) B ä r m a n n JZ 58,227; B e r g e s KTS 58,68; E p p i g aaO.S.43 f; F i n k e MDR 57, 515; H a r t u n g NJW 59, 1020; K o e n i g e r DRIZ 59, 373; L ü t h g e n GmbH Rsch 57, 166; R e i n i c k e NJW 57, 890 u.BB 57, 566; T i e d a u MDR 58, 379; Z i e g e NJW 57 1581; A c h i l l e s - G r e i f f - B e i t z k e § 1365 A.3; E r m a n - F i n k e § 1364 A.4; K a m n i t z e r - B o h n e n b e r g § 1369; K r ü g e r - B r e e t z k e - N o w a c k § 1365 A.3; M a s s f e l l e r - R e i n i c k e § 1366 A.3; P a l a n d t - L a u t e r b a c h § 1365 A.3; B a u r , Sachenrecht § 15 IV 3d

231) OLG H a m m NJW 60,436 = FamRZ 60,199 = RpfI 59, 349 und NJW 60, 1467

232) NJW 59, 135, vgl. hierzu die Erwiderung von Hartung NJW 59, 1020

Ehe diese Gegenüberstellung vorgenommen werden kann, muß auf einen im Rahmen der Veräußerungsverbote bestehenden Meinungsstreit eingegangen werden. Erwogen wird nämlich, ob ein Veräußerungsverbot im Sinne der §§ 134 und 135 BGB nur vorliege, wenn die zur Debatte stehende Bestimmung ein direktes Verbot ausspreche, oder ob es genüge, daß die Wirksamkeit einer Verfügung von der Zustimmung eines anderen abhängt.

v. T u h r ²³³⁾ meint, daß im letzteren Fall lediglich eine Entziehung der Verfügungsmacht vorliege, deren Folge aus § 185 BGB zu entnehmen sei. Er läßt nur direkte Verbote unter den Begriff des Veräußerungsverbotess fallen.

R a a p e ²³⁴⁾ dagegen meint, daß wenn der Gesetzgeber solche Verfügungsbeschränkungen mit einer Sanktionsentziehung ausstatte, so liege darin indirekt ein Verbot.

Die Ansicht von R a a p e verdient den Vorzug. Die Rechtsnatur einer Bestimmung ergibt sich vor allem aus ihrem Sinn. Wenn eine Bestimmung aber den gleichen Zweck verfolgt wie ein direkt ausgesprochenes Verbot, so muß jene die gleiche Rechtsnatur haben wie diese. Die Gegenansicht erscheint als zu formalistisch. Es handelt sich also im § 1365 um ein Veräußerungsverbot.

Ob es sich im § 1365 um ein absolutes oder um ein relatives Veräußerungsverbot handelt, läßt sich in der Gegenüberstellung der §§ 134 und 135 BGB erarbeiten.

§ 135 BGB befaßt sich mit Verboten, die zum Schutz bestimmter Personen erlassen sind und spricht als Rechtsfolge aus, daß Rechtsgeschäfte, die gegen ein solches Verbot verstossen, diesen Personen gegenüber unwirksam sind. In § 135 BGB spricht man von relativen Veräußerungsverboten. ²³⁵⁾

Absolute Veräußerungsverbote müssen deshalb solche Verbote sein, die nicht zum Schutz bestimmter Personen,

²³³⁾ Allgem. Teil, Bd. II 2 § 69 II 1

²³⁴⁾ Das gesetzliche Veräußerungsverbot S. 82 f

²³⁵⁾ B G B - R G R K § 135 A 1 u. 8; S t a u d i n g e r - C o i n g § 135 A. 9

sondern zum Schutz der Allgemeinheit erlassen sind, und schlechthin Unwirksamkeit zur Folge haben.²³⁶⁾

Wenn wir § 1365 daraufhin betrachten, so fällt auf, daß dieser ein Verbot zugunsten der Familie, also zum Schutz bestimmter Personen enthält. Das würde auf ein relatives Veräußerungsverbot schliessen lassen. Andererseits lässt § 1366 IV BGB Rechtsgeschäfte, die ohne die erforderliche Zustimmung abgegeben sind, schlechthin unwirksam sein. Das weist auf den Charakter eines absoluten Veräußerungsverbotes hin.

Welches Kriterium ist nun für die Rechtsnatur eines absoluten Veräußerungsverbotes maßgebend? Es muß wesentlich auf die vom Gesetzgeber vorgeschriebene Rechtsfolge ankommen. Aus ihr ergibt sich allein, ob dem Verfügenden die Verfügungsbefugnis in jedem Fall entzogen sein sollte oder nur die Interessen anderer durch die einzelne Verfügung beeinträchtigt werden. Absolute Veräußerungsverbote sind also solche, die schlechthin Unwirksamkeit nach sich ziehen.²³⁷⁾

Daraus folgt, daß § 1365 ein absolutes Veräußerungsverbot enthält. § 13 KO kann also nicht zur Anwendung kommen.

Fraglich ist nun, ob nicht mit Hilfe des argumentum e contrario aus § 13 KO geschlossen werden muß, daß absolute Veräußerungsverbote vom Konkursverwalter zu beachten sind. In der Tat sollen nach Ansicht der Kommentare zur Konkursordnung²³⁸⁾ solche Verbote im Konkurs wirksam sein. L e n t ²³⁹⁾ führt hierzu unter anderen als Beispiele die Verfügungsbeschränkungen des Ehegatten gemäß § 1445 BGB a.F.

236) B G B - R G R K § 135 A.1 u.11; S t a u d i n g e r - C o i n g § 135 A.8

237) E b e n s o R a a p e aa0 S.97/98

238) J a e g e r - L e n t § 13 A.3; M e n t z e l - K u h n § 13 A.1; B ö h l e - S t a m s c h r ä d e r § 13 A.1

239) J a e g e r - L e n t § 13 A.3

des Vaters und Vormundes (§§ 1643, 1812 und 1821 ff BGB) an.

Ob die eben einzeln aufgezählten Veräußerungsverbote wirklich im Konkurs wirksam sind, erscheint uns zweifelhaft. Für § 1365, der diesen in gewisser Hinsicht ähnlich ist, muß das jedenfalls verneint werden.

2. Die Unwirksamkeit des Veräußerungsverbotes des § 1365 im Konkurs folgt aus dem hier vertretenen wirtschaftlichen Vermögensbegriff.

Wir entschieden uns für die Anwendbarkeit dieses Begriffes in § 1365, da als wirtschaftliche Grundlage der Familie nur der Wert angesehen werden kann, der nach Abzug der Schulden übrigbleibt, anders gesagt, weil die Familie nicht auf Kosten der Gläubiger des Unterhaltsverpflichteten erhalten werden kann. Außerdem wird bei der Berechnung des Zugewinns nur der Wert zugrundegelegt, der sich aus der Differenz der Aktiven und Passiven ergibt. Nur insoweit ist überhaupt ein zugewinnfähiges Vermögen vorhanden.

Damit sprachen wir uns schon dort dafür aus, daß dem Gläubiger trotz § 1365 das Recht zusteht, sich aus dem Aktivvermögen des Schuldners zu befriedigen. Der Konkurs soll nun der zwangsweisen Befriedigung aller Gläubiger dienen. Die Rechtshandlungen des Konkursverwalters können deshalb gar nicht durch § 1365 beschränkt sein.

Dazu kommt, daß es sich beim Konkurs nur um eine andere Form der Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners handelt, als bei der Zwangsvollstreckung. Die Akte der Zwangsvollstreckung werden von § 1365 nicht erfasst. Es mangelt dort schon an Handlungen, die überhaupt als Verfügungen angesehen werden können. Wenn dagegen der Konkursverwalter über das Vermögen des Gemeinschuldners verfügt, so ist eine ungleiche Behandlung dennoch nicht zu rechtfertigen. Beide Verfahrensarten verfolgen ja das gleiche Ziel, nämlich die Befriedigung der Gläubiger.

§ 1365 kann auch aus diesem Grund für das Konkursverfahren keine Bedeutung haben.

Dagegen ist die von B e r g e s ²⁴⁰⁾gegebene Begründung nicht akzeptabel. Er will sich nämlich auf die Rechtsprechung zu § 419 berufen. Das Entstehen einer kumulativen Schuldübernahme wegen des im Rahmen des Konkursverfahrens übernommenen Vermögens des Gemeinschuldners wird nämlich verneint.²⁴¹⁾ Nach der Meinung von B e r g e s bezwecke § 1365 ebenso wie § 419 die Wahrung der Vermögenshaftung. Wenn aber diese Haftung durch ein Konkursverfahren abgewickelt werde, habe sie ihr Ziel erreicht. Es sei deshalb kein Raum mehr für § 1365.

Die Heranziehung der zu § 419 entwickelten Grundsätze schlägt für diesen Fall fehl. Bei der hier aufgeworfenen Frage geht es lediglich darum, ob dem in § 1365 festgelegten Veräußerungsverbot das dem Gemeinschuldner-Ehegatten zugunsten der Gläubiger treffende Veräußerungsverbot insofern weichen muß, als dem Ehegatten des Gemeinschuldners noch ein Einfluß auf Grund des § 1365 auf die Verfügungen des Konkursverwalters zustehen soll. In § 419 dagegen handelt es sich um ein Haftungsproblem, nämlich um die Übernahme der Schulden durch den Erwerber der Vermögensgegenstände. Es zeigt sich also eine wesentliche Verschiedenheit in der Problematik der beiden Bestimmungen.

Hinzu kommt, daß § 419 eine Haftung für schon bestehende Schulden festlegt. § 1365 ist dagegen hauptsächlich eine Schutzbestimmung für erst entstehende Ansprüche. Diese können im Konkursverfahren gar nicht zur Befriedigung gelangen, da dieses nur schon bestehende Schulden berücksichtigt (§ 3 KO). Die zu § 419 entwickelte Lehre kann für § 1365 deshalb keinen Aufschluß geben.

Wir bleiben deshalb bei der oben gegebenen Begründung und stellen fest, daß der Konkursverwalter nicht an § 1365 gebunden ist.

240) KTS 58, 68

241) E s s e r, Schuldrecht, S. 434; S o e r g e l - S i e b e r t
S c h m i d t § 419 A. 10; R A 613, 148

II. Der Nachlaßverwalter

Die Stellung des Nachlaßverwalters ist der des Konkursverwalters sehr ähnlich. Er ist Verwalter eines Sondervermögens des Erben und hat die Aufgabe, die Nachlaßgläubiger zu befriedigen. Die Nachlaßverwaltung ist häufig die Vorstufe zum Nachlaßkonkurs, oder sie soll diesen vermeiden, wenn eine bessere Befriedigung durch die Nachlaßverwaltung erwartet wird.

Wenn dieser Nachlaß das gesamte Vermögen des Erben ist - nur dann ist ja § 1365 anwendbar - so ist die Stellung des Nachlaßverwalters der des Konkursverwalters noch ähnlicher, weil der Erbe dann kein nennenswertes persönliches Vermögen mehr besitzt. Ein Unterschied liegt vor allem darin, daß nicht alle Gläubiger sich aus dem Vermögen befriedigen dürfen, sondern nur die Nachlaßgläubiger. Das macht aber eine unterschiedliche Behandlung nicht erforderlich.

Der Nachlaßverwalter hat also eine ähnliche Aufgabe wie der Konkursverwalter. Das zeigt sich auch in der entsprechenden Anwendung der §§ 7 und 8 KO (§ 1984 II 1 BGB).

Der Nachlaßverwalter ist deswegen genauso wie der Konkursverwalter zu behandeln. § 1365 ist also auf die Nachlaßverwaltung nicht anwendbar.

§ 17

Ergebnis des V. Kapitels

Die vorangegangene Untersuchung hat ergeben, daß alle Vertreter zu den von § 1365 erfassten Rechtsgeschäften der Zustimmung des anderen Ehegatten bedürfen. Dagegen werden der Testamentsvollstrecker, der Konkurs- und Nachlaßverwalter nicht in der Verwaltung des betreffenden Vermögens durch § 1365 eingeschränkt.

Daraus ergibt sich, daß alle diejenigen Personen an die Zustimmung des anderen Ehegatten gebunden sind, deren Rechtshandlungen lediglich im Interesse des Ehegatten, dem das Vermögen gehört, vorgenommen werden. Wenn dagegen von den in Frage stehenden Personen auch und in erster Linie andere Interessen wahrgenommen werden, so kann eine Bindung an die Zustimmung des Ehegatten nicht in Frage kommen.

Es stellt sich damit heraus, daß alle Vertreter durch § 1365 in ihrer Handlungsweise eingeschränkt sind, dagegen alle die Personen, die man heute unter dem Begriff "Partei kraft Amtes" zusammenfasst, dieser Beschränkung nicht unterliegen.

VI. Kapitel

Der Zeitpunkt des Eintritts der Verwaltungsbeschränkungen

§ 18

Wenn wir die Frage nach dem Zeitpunkt des Eintrittes der Verwaltungsbeschränkungen stellen, so fragen wir nach der Behandlung solcher die Übertragung bzw. Belastung des gesamten Vermögens eines Ehegatten bezweckender Rechtsgeschäfte, von denen ein Teil schon vor dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes, vor der Heirat oder vor der Änderung des Güterstandes vorgenommen wurde. Diskutiert wird nämlich, ob wenn das Verpflichtungsgeschäft vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurde, das nach diesem Zeitpunkt durchgeführte Verfügungsgeschäft der Einwilligung des anderen Ehegatten bedarf. Das gleiche Problem stellt sich, wenn auch das Verfügungsgeschäft schon vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurde, aber noch nicht alle zur Herbeiführung der Rechtsänderung erforderlichen Handlungen vorgenommen waren. Am häufigsten wird dieses Problem in bezug auf Rechtsgeschäfte, die vor Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes zustande gekommen sind, erörtert, weswegen diese zuerst behandelt werden sollen.

I. Rechtsgeschäfte vor Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes

Bei der Behandlung dieses Problemes haben sich zwei Meinungen gebildet.

1. Die eine,²⁴²⁾ u.a. vertreten von B r e e t z k e und M a s s f e l l e r - R e i n i c k e , verlangt für die Verfügungsgeschäfte nicht die Zustimmung des anderen Ehegatten, wenn das Verpflichtungsgeschäft vor dem 1.7.1958

242) K r ü g e r - B r e e t z k e - N o w a c k § 1365 A.2; M a s s f e l l e - R e i n i c k e § 1365 A.5; A c h i l l e s - G r e i f f - B e i t z k e § 1365 A.2; E r m a n n - F i n k e § 1365 A.2; B G B - R G R K § 1365 A.21; B ä r m a n n AcP 157, 162; B o e s e b e c k Betr. 58, 1148; H a e g e l e Rpfl. 59, 10 u. 242 f; R e i n i c k e BB 57, 564; R i e d e l JZ 59, 599; T i e d a u MDR 59, 80; L G D a r m s t a d t FamRZ 59, 119 und 240

eingegangen wurde. Dieselbe Ansicht hat das Bay O b L G ²⁴³⁾ in einem Fall vertreten, bei dem das Verpflichtungsgeschäft und die Auflassung vor dem 1.7.58 erfolgt waren, aber noch kein Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt gestellt war. Man weist darauf hin, daß der Satz 2 im 1.Absatz des § 1365 nur in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 zu lesen sei, daß also nur dann die Zustimmung des anderen Ehegatten für das Verfügungsgeschäft erforderlich sei, wenn zur Zeit des Verpflichtungsgeschäftes auch die Zustimmung zu diesem notwendig gewesen wäre. Auch sei dies im Interesse des Verkehrsschutzes geboten. Schliesslich begründet man diese Ansicht damit, daß anderenfalls praktisch eine Rückwirkung des Gesetzes eintreten würde.

Die andere Ansicht,²⁴⁴⁾ die vor allem von B o s c h , B o e h m e r und S c h u l z - K e r s t i n g vertreten wird, will die Zustimmung des anderen Ehegatten für die genannten Rechtsgeschäfte verlangen. Man beruft sich hierfür auf den Schutzgedanken des § 1365. Die Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie erfordere eine solche Handhabung. Im übrigen handele es sich in § 1365 um eine Entziehung der Verfügungsbefugnis. Als maßgeblicher Zeitpunkt komme nur die Zeit des Wirksamwerdens des Verfügungsgeschäftes in Betracht. Es seien die Rechtsgedanken des § 878 BGB heranzuziehen, nach dem im Liegenschaftsrecht der Eintritt einer Verfügungsbeschränkung nur dann keinen Einfluß auf das bereits teilweise vollzogene Verfügungsgeschäft habe, wenn schon ein Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt eingegangen und eine bindende Einigung gemäß § 873 II BGB abgegeben worden sei.

243) B a y O b L G FamRZ 59, 241 = MDR 59, 632 f = DNotZ 59, 419 = Rpfl. 59, 223

244) B o s c h FamRZ 59, 240; B o e h m e r FamRZ 59, 5; S c h u l z - K e r s t i n g JR 59, 84; M e y e r - S t o l t e FamRZ 59, 230; K n u r DNotZ 57, 453 Anm. 9; K o e n i g e r DRiZ 59, 374; P a l a n d t - L a u - t e r b a c h § 1365 A.1; LG B r e m e n FamRZ 59, 244

2. Für die Beantwortung der Frage, welcher von beiden Meinungen der Vorzug zu geben ist, ist zunächst die Vorfrage zu erörtern, ob in § 1365 beide Rechtsgeschäfte, das Verpflichtungsgeschäft und das oder die entsprechenden Verfügungsgeschäfte der Zustimmung des anderen Ehegatten bedürfen.

B ä r m a n n ²⁴⁵⁾ und K o e n i g e r ²⁴⁶⁾ verlangen für beide Rechtsgeschäfte die Zustimmung des anderen Ehegatten. Dies läßt sich jedoch nicht mit dem Wortlaut des § 1365 vereinbaren, da im Satz 2 des ersten Absatzes ausdrücklich gesagt ist, daß der Ehemann dann der Zustimmung des anderen Ehegatten für das Erfüllungsgeschäft bedarf, wenn er sich ohne Zustimmung des anderen verpflichtet hat. Die Verfügungsgeschäfte bedürfen nur dann der Zustimmung des anderen Ehegatten. Es ist nicht richtig, wenn K o e n i g e r sich zur Begründung seiner Meinung darauf beruft, daß nach § 1444 a.F. BGB, der dem §1365 zum Vorbild gedient habe, die Zustimmung der Ehefrau auch zu dem Verfügungsgeschäft erforderlich gewesen sei. Er will das aus dem in § 1444 I 2 a.F. verwendeten Wort "sowie" entnehmen, übersieht aber, daß § 1444 I 2 nur von solchen Verfügungen handelt, durch die eine ohne Zustimmung der Frau eingegangene Verpflichtung dieser Art erfüllt werden soll. § 1444 a.F. besagt also gerade das Gegenteil und bestätigt die hier vertretene Ansicht.

Es zeigt sich also, daß die Zustimmung nicht für beide Rechtsgeschäfte abgegeben sein muß. Die Zustimmung zu dem bzw. den Verfügungsgeschäften ist also nur dann erforderlich, wenn das Verpflichtungsgeschäft ohne Zustimmung, anders ausgedrückt, nicht wirksam abgeschlossen wurde.

3. Wie ist es aber nun, wenn eine Einwilligung für das Verpflichtungsgeschäft deshalb nicht erforderlich war, weil § 1365 zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht galt? Unseres

45)AcP 157, 164

46)DRiZ 59, 374

Erachtens hat die erste Meinung recht, wenn sie § 1365 I 2 im Zusammenhang mit Satz 1 betrachtet wissen will. § 1365 I 2 setzt voraus, daß der verfügende Ehegatte schon gegen die Bestimmung des § 1365 I 2 verstossen hat, daß das Verpflichtungsgeschäft nicht wirksam abgeschlossen wurde.

Zur Zeit des Verpflichtungsgeschäftes war die Wirksamkeit desselben aber noch nicht von der Zustimmung des anderen Ehegatten abhängig. In bezug auf dieses Erfüllungsgeschäft ist der Ehegatte dann nicht in der Verfügung beschränkt, weil das Verpflichtungsgeschäft nicht der Zustimmung bedurfte, also wirksam abgeschlossen wurde.

Wenn die Gegenmeinung sich darauf beruft, daß bei Verfügungsbeschränkungen grundsätzlich der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Verfügungsgeschäftes maßgebend sein müsse, so übersieht sie, daß es bei dem angeschnittenen Problem nicht auf die Frage ankommt, welche Auswirkung eine nach Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes eintretende Verfügungsbeschränkung auf die Erfüllung der Verpflichtung hat, sondern lediglich auf die Frage, ob in diesem Fall der Ehegatte überhaupt in der Verfügung b e s c h r ä n k t ist. Da der Satz 2 des § 1365 von Satz 1 als abhängig angesehen werden muß, ist der Ehegatte bei der Vornahme solcher Verfügungsgeschäfte gar nicht in der Verfügung beschränkt, weil das Verpflichtungsgeschäft rechtswirksam abgeschlossen wurde.

Wir stimmen der ersten Ansicht auch insoweit zu, als sie sich darauf beruft, daß gutgläubige Dritte geschützt werden müssen. Es besteht hier eine wesentlich andere Rechtslage als bei Rechtsgeschäften, die nach dem 1.7.58 abgeschlossen werden. Der Vertragspartner konnte damals im Gegensatz zu jetzt davon ausgehen, daß der Ehegatte zur Verwaltung seines Vermögens berechtigt war. Er mußte also nicht damit rechnen, daß dieser möglicherweise in

der Verfügung beschränkt sei, weil zur Zeit des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäftes noch keine Verwaltungsbeschränkung bestand.

Würde man anderer Ansicht sein, so würde man rückwirkend die Verwaltungsfreiheit, die bis zum 31.6.58 bestand, insofern einschränken, als man den bis zu diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Rechtsgeschäften keine Wirkungskraft beimessen würde. Der Ehegatte würde nachträglich wegen objektiver Unmöglichkeit von der Leistung frei, da er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.

Man muß auch bei Berücksichtigung des Schutzgedankens des § 1365 den vor dem 1.7.58 geltenden Rechtszustand respektieren. Ein Ehegatte hätte bis zu diesem Zeitpunkt noch den neuen Güterstand ausschliessen können. Aus der Tatsache, daß er von diesem Recht nicht Gebrauch gemacht hat, kann aber nicht geschlossen werden, daß ihn deshalb eine Gebundenheit in der Verwaltung seines Vermögens unter Berücksichtigung der Vorschriften des neuen Güterrechts treffen sollte. Dazu kommt man aber praktisch, wenn man die Zustimmung zur Verfügung verlangt.

Die Gegenmeinung berief sich auf den Schutz der Familie, der durch § 1365 gewährleistet sein sollte. Wirtschaftliche Grundlage der Familie und Basis für die Befriedigung des Zugewinnausgleichsanspruchs kann nur das Vermögen sein, das nach Abzug der Schulden übrigbleibt. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gleichberechtigungsgesetzes hatte der Ehegatte aber schon wirksam eine Verbindlichkeit eingegangen, die vor dem 1.7.58 auf seinem Vermögen als Schuld lastete. Von dieser Verbindlichkeit wird der Ehegatte auch nicht durch die neue Verwaltungsbeschränkung frei, weil dieselbe nur Verfügungsgeschäfte betrifft, denen ein Verpflichtungsgeschäft, das der Zustimmung des anderen Ehegatten bedurfte, vorausgegangen ist. Diese Verbindlichkeit bestand in der Verpflichtung, über einen oder mehrere ganz bestimmte Gegenstände zu verfügen. In der entsprechenden

Verfügung liegt die Erfüllung dieser Verbindlichkeit. Dieser oder diese Gegenstände stellten also zur Zeit des Inkrafttretens des Gleichberechtigungsgesetzes kein Vermögen mehr dar, das als Haftungsobjekt für die familiären Ansprüche dienen könnte.

Wir gingen bis jetzt im wesentlichen davon aus, daß das Verpflichtungsgeschäft vor dem maßgeblichen Zeitpunkt abgeschlossen wurde. Die von uns gemachten Erwägungen sind ebenso auf Verfügungsgeschäfte anzuwenden, deren Wirkung vor diesem Zeitpunkt deshalb noch nicht eingetreten war, weil es zur Herbeiführung der Rechtsänderung noch eines anderen Aktes z.B. der Eintragung in das Grundbuch bedürfte. Auch hier muß es darauf ankommen, daß sich der Ehegatte vor dem genannten Zeitpunkt wirksam verpflichtet hat.

Demnach kommt § 1365 erst dann zur Anwendung, wenn auch das Verpflichtungsgeschäft nach dem 1.7.58 abgeschlossen wurde.

II. Rechtsgeschäfte vor der Heirat

Auch bei den Rechtsgeschäften, die vor Eingehung einer Ehe abgeschlossen wurden, gehen die Ansichten in derselben Weise, wie bei der schon erörterten Frage auseinander.²⁴⁷⁾ Die Vertreter der Meinung, die die Erforderlichkeit der Einwilligung für das Verfügungsgeschäft ablehnen, berufen sich wieder darauf, daß zwischen den Sätzen 1 und 2 in § 1365 ein Zusammenhang bestehe. Das Wort "er" müsse mit Ehegatte übersetzt werden, weil der Satz 2 von Satz 1 abhängig sei. Das Ergebnis besteht darin

247) Erman - Finke § 1365 A.2; Krüger - Breetzke - Nowack § 1365 A.2; BGB - RGRK § 1365 A.21; Palandt - Lauterbach § 1365 A 1; Boesebeck Betr. 58, 1148; Haegeler Rpfl. 59, 242 f; Schulz - Kersting JR 59, 82 und 85, verlangen keine Einwilligung für das Verfügungsgeschäft. A.M. Boehmer FamRZ 59, 5; Meyer - Stoltz FamRZ 59, 230

daß nur dann, wenn der Ehegatte sich ohne Zustimmung verpflichtet hat, das Erfüllungsgeschäft mit Zustimmung vorgenommen werden müsse.

Dieser Begründung ist zuzustimmen. Anderenfalls würde ein Unverheirateter schon mit Rücksicht auf seine spätere Verheiratung in der Verwaltung seines Vermögens praktisch beschränkt sein. Eine Bindung des Unverheirateten an die § 1365 ff kann aber vom Gesetzgeber unmöglich gewollt sein. Die Verfügungsbeschränkung kann erst dann eintreten, wenn der Betreffende als Ehegatte ein Verpflichtungsgeschäft über sein gesamtes Vermögen abschliesst.

Demnach bedarf das Verfügungsgeschäft nicht der Zustimmung des anderen Ehegatten. Der Ehegatte bleibt damit gegenüber seinem Vertragspartner verpflichtet, die von ihm vor der Heirat eingegangene Verbindlichkeit zu erfüllen.

III. Rechtsgeschäfte vor Änderung des Güterstandes

Auch bei der Änderung des Güterstandes können die gleichen Probleme vorkommen, nämlich wenn Ehegatten, die ursprünglich im Güterstand der Gütertrennung lebten, später den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft vereinbaren.

Auch dieser Fall ist gleich zu behandeln, wie die beiden anderen. Die Ehegatten haben hier den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft in aller Regel bewußt durch Ehevertrag²⁴⁸⁾ ausgeschlossen und damit auch die Verwaltungsbeschränkungen. Sie haben sich also auf das Risiko eingelassen, daß vom anderen Ehegatten Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden können, die zu einer Gefährdung des Unterhalts der Familie führen können.

Wenn sie nun später doch den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft vereinbaren, so müssen dennoch die Rechtsge-

248) es sei denn, ein Ehegatte hat von seinem Recht gem. Art. 8 II GlberG Gebrauch gemacht und hat einseitig beim Amtsgericht bis zum 31.6.58 erklärt, daß für die Ehe die Gütertrennung gelten solle.

schäfte , die vor dieser Vereinbarung liegen, respektiert werden. Anderenfalls würde man die von den Ehegatten damals gewollte völlige Verwaltungsfreiheit rückwirkend praktisch einschränken.

Daß eine Abhängigkeit der beiden Sätze des § 1365 I voneinander besteht, wurde schon oben dargelegt.

Das Verfügungsgeschäft bedarf damit auch in diesem Fall nicht der Zustimmung des andren Ehegatten.

I I . T e i l

Die Einschränkung der Verwaltungsfreiheit
des Ehegatten durch§ 1369(Die Voraussetzungen des § 1369)I. KapitelAuslegungsgrundsätze§ 19Der Zweck des § 1369I. Die verschiedenen Ansichten

In der Einführung wurde schon erwähnt, daß sich aus der Pflicht der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) eine Einschränkung der Verwaltungsfreiheit über die Gegenstände, die zum ehelichen Haushalt gehören, ergibt, da diese die Grundlage für ein gemeinschaftliches Leben bieten. Aus diesem Grunde wurde auch der § 1369 vom Gesetzgeber geschaffen. Das ergibt sich sowohl aus der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf ²⁴⁹⁾, als auch aus dem Bericht des Rechtsausschusses ²⁵⁰⁾. Deshalb nimmt auch die überwiegende

249) BT Drucks. 224 zu § 1371 S.41 und zu § 1376 S.42

250) Zu BT Drucks. 3409 S.7

Meinung ²⁵¹⁾ an, daß der Sinn des § 1369 in der Sicherung des Familiengutes als Grundlage des gemeinsamen Zusammenlebens der Eheleute bestehe.

Ein Teil der Vertreter dieser Ansicht ²⁵²⁾ will neben diesem Zweck sekundär in § 1369 noch eine Schutzbestimmung für einen etwa entstehenden Zugewinnausgleichsanspruch sehen.

Dagegen hält Z i e g e ²⁵³⁾ § 1369 für eine Vorschrift, die a l l e i n dem Schutz dieses Zugewinnausgleichsanspruchs gewidmet sei. Er beruft sich darauf, daß § 1369 lediglich für den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft Geltung habe. Er stehe im Gegensatz zu § 1361 a BGB, der unter die Wirkung der Ehe im allgemeinen eingeordnet sei, im Kapitel über die Zugewinnngemeinschaft. Wenn § 1369 zum Schutz der Familiengemeinschaft bestimmt sei, müsse er auch auf die Gütertrennung Anwendung finden. Dem entgegen die Vertreter der anderen Meinung ²⁵⁴⁾, daß der Ehegatte, der im Güterstand der Gütertrennung oder der Gütergemeinschaft lebe, soweit bei der letzteren nicht gemeinschaftliche Verwaltung gewählt wurde, sich seiner Rechte freiwillig begeben habe.

251) Bay O b L G FamRZ 60,157

BGB - R G R K § 1363 A.9 u. § 1369 A.2; B e i t z k e FamRZ 58,167; B o b r o w s k y Rpfl.59,117; B o e h m e r FamRZ 59,3; K n u r DNotZ 57,453; L o r e n z JZ 59,105; M ü l l e r - F r e i e n f e l s JZ 57,692; P e t e r m a n n Rpfl.60, 233 f; S c h u l z - K e r s t i n g JR 59,82; Z u n f t NJW 58,130 und alle unter Anm. 252 aufgezählten Autoren.

252) E r m a n - F i n k e § 1369 A.1; K a m n i t z e r - B o h n e n b e r g § 1364; B ä r m a n n AcP 157, 159 E p p i g aaO. S.31; H a e g e l e Rpfl. 59,5; K o e n i g e r DRiZ 59,372; R e i n i c k e - S c h w a r z h a u p t, Die Gleichberechtigung S.16; S c h m i d t Rudolf, Familienrecht S.43

253) NJW 57, 1579 u. 58,131

254) Vgl. hierzu Anm. 252

Zur Vereinbarung dieser Güterstände sei ein Ehevertrag erforderlich (§ 1408 BGB). Dem Ehegatten stehe außerdem immer noch der Schutz des § 823 II BGB in Verbindung mit § 170 a StGB zur Verfügung. Man weist ferner darauf hin, daß in aller Regel die Haushaltgegenstände beim Verkauf sehr wenig Erlös bringen und somit für den etwa entstehenden Zugewinnausgleichsanspruch seltener eine Bedeutung haben.

II. Kritik und Feststellung der eigenen Ansicht

Die Meinung von Z i e g e wird auch hier nicht geteilt. Er lenkt in seiner Begründung sein Augenmerk nur auf den Güterstand der Gütertrennung und übersieht, daß auch bei der Gütergemeinschaft, wenn keine gemeinschaftliche Verwaltung vereinbart wurde, dieselben Gründe gegen die Ansicht der herrschenden Meinung anzuführen wären.

Was die Frage der Gütertrennung anbetrifft, erscheint es sogar als durchaus gerechtfertigt, daß eine dem § 1369 entsprechende Vorschrift nicht besteht. Wer Gütertrennung vereinbart, will ja in jeder Beziehung eine Gemeinschaft des Vermögens ausschließen. Er will nicht einmal, wie bei der Zugewinnsgemeinschaft, den Ehegatten an seinem während der Ehe erworbenen Vermögen in Form eines Ausgleichsanspruchs bei Beendigung der Ehe teilnehmen lassen. Es wäre unbillig, wenn er dann durch Einführung einer dem § 1369 entsprechenden Bestimmung einen Einfluß auf die Verwaltungsfreiheit des anderen Ehegatten ausüben könnte ²⁵⁵⁾.

255) Die Bestimmungen über den Zugewinnausgleichsanspruch sollen vor allem die Ehefrau schützen. Sie soll für die in der Familie geleistete Arbeit einen Ausgleich erhalten. Die Haushaltsgegenstände werden meistens von ihr in die Ehe eingebracht. Hätte man bei der Gütertrennung eine dem § 1369 entsprechende Bestimmung, so hätte der Ehemann praktisch mehr Rechte als die Frau. Das wäre aber mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung nicht zu vereinbaren.

Anders liegt der Fall bei der Gütergemeinschaft, wenn nur einem Ehegatten das Verwaltungsrecht zusteht. Mit der Entstehung der Gütergemeinschaft überläßt der nicht-verwaltende Ehegatte dem anderen Ehegatten die Verwaltung über das Gesamtgut. Die Begründung ist hier sehr viel schwieriger, weil der Gesetzgeber bei dieser eine Reihe von Verwaltungsbeschränkungen in das Gesetz aufgenommen hat, wie z. B. die über das Gesamtgut im ganzen und über Grundstücke (§§ 1423 und 1424 BGB). Diese Bestimmungen wurden aus dem BGB von 1900 übernommen. Eine dem § 1369 ähnliche Bestimmung bestand in diesem auch nicht. Es liegt deshalb der Verdacht nahe, daß die Einfügung einer entsprechenden Vorschrift übersehen wurde. Es muß hierbei aber berücksichtigt werden, daß der verwaltende Ehegatte nach § 1435 n.F. BGB im Gegensatz zum verwaltenden Ehemann nach dem BGB von 1900 (§ 1456) dem anderen Ehegatten für seine Verwaltung **v e r a n t w o r t l i c h** ist, d. h. daß er zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Gesamtgutes verpflichtet ist. Eine ordnungsmässige Verwaltung muß aber die Interessen der Familiengemeinschaft und insbesondere diejenigen, die die eheliche Lebensgemeinschaft betreffen, berücksichtigen. Es liegt darin quasi eine Verwaltungsbeschränkung über die Gegenstände des ehelichen Haushaltes, die sich zwar nur im Verhältnis der Ehegatten zueinander auswirken kann. Daraus ergibt sich, daß die Einfügung einer dem § 1369 entsprechenden Bestimmung bei der Gütergemeinschaft nicht unbedingt erforderlich war.

Es kann also aus der Tatsache, daß § 1369 nur für den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft Geltung hat, nicht geschlossen werden, daß es sich hierbei um eine Schutzbestimmung lediglich für den Zugewinnausgleichsanspruch handelt.

Auch aus einem weiteren Grunde ist nicht anzunehmen, daß § 1369 allein den Zugewinnausgleichsanspruch des Ehegatten schützen soll. Häufig werden die Haushaltsgegenstände bzw. ein Teil von ihnen vor Schließung der Ehe von einem oder von beiden Ehegatten angeschafft und in die Ehe eingebracht. Sie gehören damit zu dem Teil des Vermögens, der bei Beendigung des Güterstandes der Feststellung des Zugewinns als Vermögenswert dem Anfangsvermögen zugezählt werden. Dieses kommt aber bei der Berechnung des Zugewinns nicht in Ansatz. Es können also nur ein Teil der Haushaltsgegenstände als zugewinnfähiges Vermögen angesehen werden, nämlich diejenigen, die nach der Ehe angeschafft wurden. Sie werden aber häufig in Miteigentum der Ehegatten stehen. Es zeigt sich auch aus diesem Grunde, daß § 1369 nicht allein eine Vorschrift zum Schutz des Zugewinnausgleichsanspruches sein kann.

Damit soll aber nicht gesagt sein, daß § 1369 überhaupt nicht dem Schutz des Zugewinnausgleichsanspruches gewidmet sei. Ein Teil der Haushaltsgegenstände wird erst nach der Eheschließung angeschafft. Würde man nämlich anderer Ansicht sein, so würde man übersehen, daß gerade in breiten Schichten unserer Bevölkerung das Vermögen der Ehegatten gerade aus diesen Gegenständen besteht. Sie bilden dann die Grundlage für einen etwa entstehenden Zugewinnausgleichsanspruch. Deshalb sind wir der Meinung, daß § 1369 auch zum Schutz des Zugewinnausgleichsanspruchs bestimmt ist.

Außerdem muß § 1369 auch als Schutzbestimmung für die bei Auflösung der Ehe durch Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung erforderliche Auseinandersetzung des Hausrats angesehen werden. Gerade in solchen Fällen besteht die Gefahr, daß die Ehegatten, um den anderen zu schädigen, Verfügungen über dieselben treffen.

Es ergibt sich also, daß § 1369 dem Schutz des Zusammenlebens der Ehegatten bzw. der Familie, wie auch des Zugewinnausgleichsanspruchs, wie einer späteren Auseinandersetzung des Hausrates bei Auflösung der Ehe dienen soll.

§ 20

Der Begriff "Hausratsgegenstände"
in anderen Gesetzesbestimmungen

Die Bedeutung des in § 1369 verwendeten Begriffes "Gegenstände des ehelichen Haushalts" kann im Vergleich mit ähnlichen Begriffen, die in anderen Vorschriften wie z. B. den §§ 1361 a.F., 1932 BGB und § 1 der Hausrats VO verwendet werden, leichter herausgearbeitet werden. Direkte Rückschlüsse können jedoch aus den angeführten Bestimmungen für die Auslegung des § 1369 nicht gezogen werden, da sie vor allem in ihrer Zielsetzung von § 1369 abweichen.

I. "Sachen des gemeinschaftlichen Haushalts" in
§ 1361 a.F. BGB

Nach § 1361 I 2 a.F. hatte der Ehemann seiner Ehefrau bei Getrenntlebender Ehegatten die zur Führung eines abgesonderten Haushalts erforderlichen Sachen aus dem gemeinschaftlichen Haushalt zum Gebrauch herauszugeben. § 1361 hatte also den Sinn, dem getrenntlebenden Ehegatten die Führung eines angemessenen Haushaltes zu ermöglichen.

Es fielen nur **S a c h e n** im Sinne des § 90 BGB unter § 1361, also keine Rechte.

Die entsprechende Bestimmung des Gleichberechtigungsgesetzes § 1361 a BGB spricht von *G e g e n s t ä n - d e n* . Eine Heranziehung dieser Bestimmung kann jedoch noch nicht erfolgen, da hierzu noch zu wenig Rechtsprechung vorliegt.

II. "Hausratsgegenstände" in § 1 HausratsVO

§ 1 der HausratsVO, der eine Auseinandersetzung des Hausrats nach der Scheidung regeln soll, unterscheidet zwischen der ehelichen Wohnung und den Hausratsgegenständen, zu denen die Wohnungseinrichtung gezählt wird.

§ 1 der HausratsVO soll jedem der Ehegatten nach der Scheidung die Gegenstände zukommen lassen, die er für seinen Haushalt benötigt.

Zum Hausrat gehören alle Gegenstände, die "nach den Vermögens- und Lebensverhältnissen der Eheleute für die Wohnung, Hauswirtschaft und ihr Zusammenleben bestimmt sind" ²⁵⁶⁾ . Es sollen auch *R e c h t e* unter den Begriff des Hausrats fallen, wie z. B. Benutzungsrechte, Herausgabeansprüche wegen Hausratsgegenständen gegen Dritte, Ansprüche aus Versicherungen, aber keine Schadensersatzansprüche. Man beruft sich hier auf das Wort Gegenstände in § 8 III der VO ²⁵⁷⁾ , der aber davon spricht, daß die Gegenstände in das *A l l e i n e i - g e n t u m* des Ehegatten übergehen sollen. Diese Begründung erscheint deshalb nicht zwingend. Es sollen auch Luxusgegenstände von § 1 der VO erfaßt werden, wenn sie dem Lebenszuschnitt der Ehegatten entsprechen. Dagegen gehören Verbrauchsgegenstände, wie z. B. Nahrungsmittel nicht zum Hausrat ²⁵⁸⁾ .

256) *K u h n t* AcP 150, 132

257) Vgl. *K u h n t* AcP 150, 133; *P a l a n d t - L a u t e r - b a c h* § 1 A. 2

258) *P a l a n d t - L a u t e r b a c h* § 1 A. 2
Eine analoge Anwendung der Vorschrift auf Verbrauchsgegenstände wird aber vorgeschlagen. (Vgl. hierzu *K u h n t* AcP 150, 133)

Die Eigentumsverhältnisse spielen für den Hausratsbegriff keine Rolle. Auch Abzahlungsgegenstände fallen unter § 1 der VO.

III. "Gegenstände des ehelichen Haushalts" in § 1932 BGB

Der überlebende Ehegatte hat, wenn er neben Verwandten der zweiten Ordnung oder Großeltern als gesetzlicher Erbe berufen ist, einen schuldrechtlichen Anspruch auf die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände.

§ 1932 gebraucht dieselben Worte wie § 1369.

Der Sinn des § 1932 besteht darin, dem überlebenden Ehegatten die Fortführung des Haushaltes zu ermöglichen.

Es zählen hierzu nicht nur Sachen, sondern auch R e c h -
t e , vor allem auch das Recht zur Kündigung der Miet-
wohnung, die Mietmöbel, Abzahlungssachen, also auch
f r e m d e Gegenstände ²⁵⁹⁾.

IV. Zusammenfassung

Gemeinsam ist allen diesen zum Vergleich herangezogenen Bestimmungen, daß sie eine Regelung bei B e e n d i -
g u n g der ehelichen Lebensgemeinschaft treffen sollen,
sei es, daß diese durch Trennung der Ehegatten, Schei-
dung oder Tod hervorgerufen wird. § 1369 soll dagegen
in erster Linie der E r h a l t u n g der ehelichen
Lebensgemeinschaft dienen.

Diese Vorschriften gebrauchen die verschiedenen Begriffe
Hausrat, Gegenstände oder Sachen des Haushaltes. § 1369
spricht von G e g e n s t ä n d e n des ehelichen
Haushaltes.

259) P a l a n d t - R e c h e n m a c h e r § 1932 A. 3

Eine Heranziehung des § 1370 BGB erscheint als unzweckmäßig, da dieser nur eine Regelung der Eigentumsverhältnisse an den Gegenständen, die an die Stelle der in die Ehe eingebrachten Gegenstände getreten sind, treffen soll.

II. Kapitel

Der Begriff:

"Gegenstände des ehelichen Haushalts"

in § 1369

§ 21

Die ehelichen Verhältnisse

§ 1369 spricht von Gegenständen des e h e l i c h e n Haushaltes. Daraus ergibt sich, daß diese Vorschrift nur bei bestehender Ehe gilt. Fraglich ist aber, ob § 1369 auch auf getrennt lebende Ehegatten anzuwenden ist. Es ist zwischen Ehegatten, die in ungewollter und denen, die in gewollter Trennung leben, zu unterscheiden.

I. Die Anwendung des § 1369 bei ungewollter Trennung

Solange die Ehegatten noch keinen gemeinsamen Haushalt führen, werden sie in aller Regel auch keine Haushaltsgegenstände besitzen. Die Anwendbarkeit des § 1369 erübrigt sich damit.

Wenn dagegen schon Gegenstände für den zukünftigen gemeinsamen Haushalt angeschafft wurden, muß § 1369 auch für Rechtsgeschäfte über diese gelten. § 1369 soll die eheliche Lebensgemeinschaft schützen. Dieser Schutz muß sich auch auf einen erst entstehenden gemeinsamen Haushalt erstrecken, der ja die Basis zur ehelichen Lebensgemeinschaft bilden soll ²⁶⁰⁾.

Gleich zu behandeln sind die Fälle, bei denen bereits gemeinschaftlicher Haushalt bestanden hat und die Ehegatten aus irgend einem Grund vorübergehend getrennt leben müssen.

260) Ebenso M a s s f e l l e r - R e i n i c k e § 1369
Z u n f t NJW 58, 130

I. Die Anwendung des § 1369 bei gewollter Trennung

Hat nun ein anderes zu gelten, wenn die Ehegatten getrennt leben wollen, weil hier kein Wille zur ehelichen Lebensgemeinschaft mehr besteht?

- 1) Eine einstweilige Trennung muß noch nicht bedeuten, daß die Ehegatten endgültig auseinandergehen wollen. Wollte man § 1369 auf diese Fälle nicht anwenden, würde man damit die Auflösung der Ehe fördern. Das kann aber nicht der Sinn des § 1369 sein, der gerade die Erhaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft schützen will ²⁶¹⁾.

Wenn nun schon Scheidungs-, Aufhebungs- oder Nichtigkeitsklage erhoben ist, also kaum eine Hoffnung mehr besteht, daß die eheliche Lebensgemeinschaft wieder hergestellt werden wird, muß § 1369 trotzdem Anwendung finden, da die spätere Auseinandersetzung des Hausrats vereitelt werden könnte. Auch die Gefährdung des nun zur Entstehung gelangenden Zugewinnausgleichsanspruchs kann hier eine Rolle spielen.

- 2) Bislang wurde davon ausgegangen, daß noch keine Auseinandersetzung gemäß § 1361 a BGB zwischen den Ehegatten stattgefunden hat. Muß nun etwas anderes gelten, wenn diese Auseinandersetzung bereits vorgenommen wurde?

Für die Beantwortung dieser Frage ist bedeutsam, ob § 1361 a eine endgültige oder nur eine vorläufige Regelung treffen soll.

261) Ebenso M a s s f e l l e r - R e i n i c k e § 1369 A. 2; B G B - R G R K § 1369 A. 11; E r m a n - F i n k e § 1369 A. 3; K r ü g e r - B r e e t z k e - N o w a c k § 1369 A. 1; P e t e r m a n n Rpfl 60, 234; Z i e g e NJW 57, 1580; Z u n f t NJW 58, 130

Im Gegensatz zu § 8 der HausratsVO, nach dem der Richter auch eine Regelung über die Eigentumsverhältnisse an den Hausratsgegenständen zu treffen hat, soll nach § 1361 a grundsätzlich eine solche nicht vorgenommen werden. Es zeigt sich also, daß eine endgültige Regelung im § 1361 a nicht beabsichtigt ist, was auch aus der Begründung zu § 1361 a des Regierungsentwurfes ²⁶²⁾ zu entnehmen ist.

Nachdem nach § 1361 a nur eine vorläufige Regelung getroffen werden soll, kann auch für die Beurteilung, ob § 1369 in solchen Fällen anzuwenden ist, die schon erfolgte Auseinandersetzung keine Rolle spielen. Es haben die gleichen Grundsätze zu gelten wie in all den Fällen, in denen noch gar keine Auseinandersetzung stattgefunden hat ²⁶³⁾. § 1369 ist deshalb auch auf diese Fälle anwendbar.

- 3) Ein anderes muß jedoch bei Gegenständen gelten, die von einem der Ehegatten zum Zwecke einer gewollten Trennung angeschafft wurden. Eine Beschränkung in der Verwaltung solcher Gegenstände ist nicht gerechtfertigt, da sie von Anfang an nicht der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen sollten ²⁶⁴⁾.

262) BT Drucks. 224 S. 32

263) BayObLG Fam RZ 60, 156/157 = NJW 60, 1205

264) Ebenso Massfeller-Reinicke § 1369 A. 2
BGB - RGRK § 1369 A. 12; Erman-Finke
§ 1369 A. 3; Krüger-Breetzke-Nowack
§ 1369 A. 1; Petermann Rpfl. 60, 234

§ 22

Der Begriff: "H a u s h a l t s gegenstände"

§ 1369 verwendet den Begriff Gegenstände des ehelichen H a u s h a l t s . Es muß sich hierbei, wie dem Zweck des § 1369 entnommen werden kann, um Gegenstände handeln, die in irgendeiner Weise dem Zusammenleben der Ehegatten bzw. der Familie dienen können.

Als typische Beispiele werden Möbel, Bilder, Teppiche, das Radio, der Fernsehapparat, Geschirr, Küchengeräte, Bett- und Tischwäsche und dergl. mehr genannt.

I. Bei den oben genannten Beispielen handelt es sich durchweg um G e b r a u c h s g e g e n s t ä n d e . V e r b r a u c h s g e g e n s t ä n d e , wie z. B. Nahrungsmittel und Kohlen werden von § 1369 nicht erfaßt.

L a u t e r b a c h ²⁶⁵⁾ und B r e e t z k e ²⁶⁶⁾ wollen jedoch im Gegensatz zu F i n k e ²⁶⁷⁾ und S c h e f f l e r ²⁶⁸⁾ solche unter § 1369 fallen lassen. Begründungen werden für beide Ansichten nicht gegeben.

Der Meinung von L a u t e r b a c h und B r e e t z k e vermögen wir deshalb nicht zu folgen, weil nach unserer Ansicht Haushaltsgegenstände nur solche Gegenstände sind, die dem Leben der Menschen für eine gewisse D a u e r zu dienen bestimmt sind. Nahrungsmittel und Kohlen dagegen sind zum alsbaldigen Verbrauch bestimmt. Sie dienen in erster Linie der Erhaltung der Lebenskraft der einzelnen. Diese Auffassung entspricht auch dem allgemeinen Sprachgebrauch, der nur Gebrauchsgegenstände zu den Haushaltsgegenständen zählt.

265) P a l a n d t - L a u t e r b a c h § 1369 A. 2

266) K r ü g e r - B r e e t z k e - N o w a c k § 1369 A. 1

267) E r m a n - F i n k e § 1369 A. 2

268) B G B - R G R K § 1369 A. 7

Zu § 1 HausratsVO wird ebenfalls die Ansicht vertreten, daß Verbrauchsgegenstände nicht unter den Begriff des Hausrates fallen sollen, es wird lediglich eine analoge Anwendung erwogen. Eine Analogie halten wir aber auch dort für verfehlt, da es bei der Auseinandersetzung auf die Gegenstände ankommen muß, die einen bleibenden Wert für das Leben der Ehegatten haben.

- II. Einigkeit besteht darüber, daß Gegenstände, die dem persönlichen Gebrauch oder der Erwerbstätigkeit eines Ehegatten dienen, nicht unter § 1369 fallen sollen ²⁶⁹⁾. Als Beispiele werden das Musikinstrument des Musikers, die Bibliothek des Gelehrten etc. angeführt. Es kommt hier im einzelnen Fall darauf an, zu welchem Zweck der spezifische Gegenstand bestimmt ist.
- III. Auch sehr wertvolle Gegenstände wie z.B. Kunstschatze, die sich in dem Haushalt der Eheleute befinden, können unter § 1369 fallen.

Hier muß zwischen solchen Gegenständen, die wie andere Haushaltsgegenstände in den Haushalt aufgenommen sind und solchen, die sich als Sammlung in dem Haushalt befinden unterschieden werden. Letztere werden von § 1369 nicht erfaßt ²⁷⁰⁾, dagegen die ersteren.

269) Bärman n AcP 157?161; Finke MDR 57,515;
Haegelle Rpfl 59,7; Koeniger DRiZ 59,373;
Reinicke BB 57,566; Schulz - Kersting
JR 59,85; Ziege NJW 57,1580; Achilles -
Greiff - Beitzke § 1369 A.4; Krüger -
Breetzke - Nowack § 1369 A.5

270) Krüger - Breetzke - Nowack § 136

Geschützt werden soll in § 1369 das Zusammenleben jeder einzelnen Familie. Es kommt also auf den konkreten Lebensstil und nicht auf die Verkehrsanschauung ²⁷¹⁾ an. Wenn die Benutzung solcher Gegenstände zu dem Lebensstil dieser Eheleute gehört, so müssen Verfügungen über diese auch der Zustimmung des anderen Ehegatten bedürfen.

Es zeigt sich also, daß es bei der Einordnung der Gegenstände unter den Begriff des Gegenstandes des ehelichen Haushalts wesentlich auf den Willen der Ehegatten ankommt. Wenn diese dem Gegenstand die Bestimmung beimesen, dem Haushalt zu dienen, muß § 1369 eingreifen.

7. Dieser eben entwickelte Gesichtspunkt ist auch zu berücksichtigen in Bezug auf Gegenstände, die zur Zeit der Verfügung nicht oder nur teilweise benützt werden.

Grundsätzlich werden nur solche Gegenstände von § 1369 erfaßt, die auch tatsächlich von der Familie gebraucht werden, weil nur sie dem Zusammenleben der Familie dienen. Hierbei kommt es nicht darauf an, daß der Gebrauch der Gegenstände nur zeitweise erfolgt.

Es ergibt sich aber aus dem anfangs Gesagten, daß auch solche Gegenstände, die für eine spätere Verwendung z. B. in einer großen Wohnung bereitgestellt sind ²⁷²⁾, unter § 1369 fallen müssen.

271) Vgl. hierzu K e n n i g e r DRiZ 59, 373; Z i e g e NJW 57, 1579 ff; B G B - R G R K § 1369 A. 7

272) Ebenso P e t e r m a n n RpfI 60, 234

Dagegen können alle die Sachen nicht mehr von der Verwaltungsbeschränkung des § 1369 erfaßt werden, die zwar früher im Haushalt Verwendung gefunden haben, aber jetzt ihrer Bestimmung der Familie zu dienen, enthoben sind, z. B. die Möbel im Kinderzimmer der ausgezogenen Kinder, soweit diese überhaupt keine Bedeutung mehr für das Familienleben haben, auch nicht beim Besuch der Kinder ²⁷³⁾.

- V. Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß zu den Gegenständen des ehelichen Haushalts nur Gebrauchsgegenstände, die nicht dem persönlichen Gebrauch oder der Erwerbstätigkeit eines Ehegatten dienen, gehören. Sie müssen im Zeitpunkt der Verfügung von den Ehegatten dazu bestimmt sein, dem Zusammenleben dieser konkreten Familie jetzt oder in Zukunft zu dienen. Maßgebend ist nicht die Verkehrsauffassung, sondern der Lebensstil dieser Familie.

273) K r ü g e r - B r e e t z k e - N o w a c k , der sogar noch die Gegenstände unter § 1369 fallen lassen will, die von den Ehegatten bewußt aus dem Haushalt ausgeschieden wurden.

Gegenstände des ehelichen Haushalts

Der Begriff: "Gegenstände" im juristischen Sinn

§ 1369 verwendet den Ausdruck Gegenstände. Das deutsche Privatrecht versteht unter Gegenständen sowohl Sachen als auch Rechte. Fraglich ist nun, ob dieser Begriff auch auf § 1369 anzuwenden ist, oder ob Ziel und Zweck der Vorschrift eine andere Auslegung bedingen.

Die Zugrundelegung des juristischen Begriffes erscheint mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift nicht richtig. Geschützt werden sollen alle die Gegenstände, die das Zusammenleben der Ehegatten bzw. der Familie erleichtern und fördern. Es muß sich also um bewegliche Sachen handeln. Rechte werden damit grundsätzlich von § 1369 nicht erfaßt. Diese Ansicht wird auch durch den Wortlaut des Gesetzes bestätigt, das von Gegenständen, die dem Ehegatten *g e h ö r e n*, spricht. Es verwendet also das Verbum, das auf ein Eigentumsverhältnis hindeutet. Eigentum gibt es aber nur an Sachen.

Rechte als Gegenstände des ehelichen Haushalts

Fraglich ist nur, ob § 1369 nicht auch auf Rechtsgeschäfte über solche Rechte, die einen Ersatz- oder Herausgabeanspruch oder ein dingliches Anwartschaftsrecht hinsichtlich eines Haushaltsgegenstandes beinhalten, analog angewendet werden muß.

-) Einigkeit besteht darüber, daß das Anwartschaftsrecht an unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sachen von § 1369 erfaßt wird ²⁷⁴⁾. Das ist auch richtig, denn der Käufer

Z i e g e NJW 57,1579; L o r e n z JZ 59,107; R e i -
n i c k e BB 57,566; K o e n i g e r DRiZ 59, 373/374;
B o b r o w s k y Rpfl.59, 118; B e i t z k e, Familienrecht
§ 13 II 1; B G B - R G R K § 1369 A.14

erwirbt bei Abschluß des Kaufvertrages bereits ein dingliches Anwartschaftsrecht. Es sind also alle rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen erfüllt, der Eintritt des Rechtsübergangs hängt nur von der Bedingung der vollständigen Zahlung ab. Die Sache befindet sich bereits in unmittelbarem Besitz des Käufers und dient schon dem Haushalt. Die Anwendung des § 1369 auf das Anwartschaftsrecht an unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sachen ist deshalb gerechtfertigt.

- 2) B r e e t z k e ²⁷⁵⁾ und B o e h m e r ²⁷⁶⁾ wollen § 1369 auch auf Versicherungs- und Schadensersatzansprüche für Verlust, Beschädigung und Zerstörung etc. von Haushaltsgegenständen anwenden. B o e h m e r begründet seine Ansicht zu recht damit, daß es sich um Surrogationsansprüche handelt, deren Bestimmung darin liegt, der Verwendung für die verlorenen Gegenstände zu dienen.

S c h e f f l e r ²⁷⁷⁾ und P e t e r m a n n ²⁷⁸⁾ lehnen ausdrücklich diese Ansicht ab.

Der Ansicht von B o e h m e r und B r e e t z k e ist der Vorzug zu geben. Wollte man bei der Gegenmeinung bleiben, so würde folgendes ungleiches Ergebnis dabei herauskommen: Haushaltsgegenstände, die sich unbeschädigt im Haushalt befinden, werden durch § 1369 geschützt, damit auch das gemeinschaftliche Leben der Ehegatten. Bei den Gegenständen, die durch Zufall dem Haushalt verloren gehen, soll der Ehegatte in der Verfügung über das sie ersetzende Recht frei sein. Schadensersatzansprüche gehen gemäß § 249 BGB grundsätzlich auf Naturalrestitution.

²⁷⁵⁾ K r ü g e r - B r e e t z k e - N o w a c k § 1369 A. 1

²⁷⁶⁾ F a m R Z 59, 3

²⁷⁷⁾ B G B - R G R K § 1369 A. 6

²⁷⁸⁾ R p f l . 60, 234

Sie sollen den Zustand wiederherstellen, der vor dem schädigenden Ereignis bestanden hat. Bei Haushaltsgegenständen bedeutet das, daß die Gewährung des Anspruches die Anschaffung der für die Familiengemeinschaft erforderlichen Gegenstände ermöglichen soll. Es ist deshalb nicht zu rechtfertigen, dem Ehegatten in solchen Fällen ein unbedingtes Verfügungsrecht einzuräumen. Das gleiche hat für Versicherungsansprüche zu gelten, da diese dem selben Zweck dienen wie die reinen Schadensersatzansprüche.

3) Ferner müssen auch dingliche Herausgabeansprüche unter § 1369 fallen ²⁷⁹⁾, weil sie darauf ausgehen, den Gegenstand ihrer ursprünglichen Bestimmung, dem ehelichen Haushalt zu dienen, wieder zuzuführen. Es muß sich allerdings um Ansprüche handeln, die sich auf Gegenstände beziehen, die wir unter dem Begriff der Haushaltsgegenstände einordneten.

4) Schließlich erörtert man noch die Frage, ob schuldrechtliche Ansprüche aus einem Kaufvertrag über Haushaltsgegenstände von § 1369 erfaßt werden. Dies bejahen B r e e t z k e ²⁸⁰⁾ und B o e h m e r ²⁸¹⁾ 282).

Der Ansicht von B r e e t z k e und B o e h m e r kann hierzu nicht gefolgt werden. Unter § 1369 können nur Rechte fallen, die sich auf Gegenstände beziehen, die bereits zum Haushalt gehören bzw gehört haben, nicht aber auf solche, die erst dem Haushalt zugeführt werden sollen. Hier hat der Ehegatte noch freie Hand.

279) K r ü g e r - B r e e t z k e - N o w a c k § 1369 A. 1; P e t e r m a n n Rpfl. 60, 234

280) K r ü g e r - B r e e t z k e - N o w a c k § 1369 A. 1

281) Fam RZ 59, 3

282) P e t e r m a n n Rpfl. 60, 234

Die Anlage seines Geldes in Haushaltsgegenständen fällt auch nicht unter § 1369. Deshalb kann auch der schuldrechtliche Anspruch noch nicht von § 1369 erfaßt werden. Er fällt noch in den Bereich der Gegenstände, über die der Ehegatte noch frei verfügen kann. Eine Einschränkung dieser Freiheit tritt erst ein, wenn die Gegenstände in tatsächliche Beziehung zum Haushalt getreten sind, also schon dem Familienleben dienen oder zu diesem Zwecke bereitgestellt sind.

III. Zusammenfassung

Es zeigt sich also, daß grundsätzlich nur bewegliche Sachen unter § 1369 fallen. Eine Ausnahme ergibt sich hinsichtlich derjenigen Rechte, deren Bedeutung darin besteht, diejenigen Haushaltsgegenstände, die schon einmal zum Bestand des Haushaltes gehört haben oder für diesen schon bereitgestellt sind, zu erhalten oder zu ersetzen.

§ 24

Die Eigentumsverhältnisse

Häufige Erörterung findet die Frage, ob § 1369 nur Verfügungen über Gegenstände betrifft, die dem Verfügenden selbst gehören, oder ob diese Vorschrift auch auf Verfügungen über Sachen, die im Eigentum eines *a n d e r e n* stehen, ausgedehnt werden muß.

§ 1369 spricht von "*i h m* gehörenden Gegenständen". Das würde darauf hinweisen, daß nur Gegenstände in § 1369 gemeint sind, die dem verfügenden Ehegatten gehören.

Verfügungen über Gegenstände, die dem nichtverfügenden Ehegatten gehören

1) Gegenstände, die im Miteigentum der Ehegatten stehen

Aus § 747 S. 2 BGB ergibt sich, daß die Ehegatten über solche Gegenstände nur gemeinschaftlich verfügen können. In der gemeinschaftlichen Verfügung liegt die Zustimmung zu der Verfügung des anderen Ehegatten.

Wenn nun aber eine Ehegatte über einen solchen Gegenstand allein verfügt, so verfügt er bezüglich des eigenen Anteils ohne Verfügungsmacht, da er nach § 1369 der Zustimmung bedarf. Hinsichtlich des Anteils des anderen Ehegatten verfügt er als Nichtberechtigter.

Bei dem Miteigentum handelt es sich um Bruchteilseigentum, das keine reale, sondern lediglich eine ideelle Teilung der Sache vermittelt. Daraus ergibt sich, daß, wenn ein Ehegatte über die ganze Sache verfügt, die Verwaltungsbeschränkung des § 1369 den ganzen Gegenstand erfassen muß. Die im Miteigentum der Ehegatten stehenden Gegenstände werden damit von § 1369 als ganzes erfaßt.

2) Gegenstände, die im Alleineigentum des nichtverfügenden Ehegatten stehen

Verfügt nun ein Ehegatte über einen Gegenstand, der im Alleineigentum des anderen Ehegatten steht, so müßte, wollte man dem Wortlaut des § 1369 folgen, dieses Rechtsgeschäft nach den allgemeinen Regeln über Verfügungen Nichtberechtigter abgewickelt werden. Es kämen dann die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb (§§ 932 ff BGB) zur Anwendung. In den meisten Fällen wird hier die Verfügung schon auf Grund des § 935 BGB unwirksam sein, da in aller Regel der Eigentümer-Ehegatte auch den Besitz an den Gegenständen haben wird. Diese Erwägungen gelten lediglich für das Verfügungsgeschäft. Dagegen können Verpflichtungsgeschäfte über fremde Sachen wirksam

abgeschlossen werden. Es zeigt sich also, daß für die Beantwortung dieser Frage noch andere Überlegungen gemacht werden müssen.

Die Meinung darüber, ob § 1369 auch auf solche Rechtsgeschäfte anwendbar ist, ist bestritten.

Sch e f f l e r ²⁸³⁾, M a s s f e l l e r - R e i n i c k e ²⁸⁴⁾ u. a. ²⁸⁵⁾ lehnen die Anwendung des § 1369 auf diese Fälle ab. Sie berufen sich vor allem auf den Wortlaut der Bestimmung.

M a s s f e l l e r - R e i n i c k e meinen, die Entziehung der Gegenstände aus dem ehelichen Haushalt könne durch den Verfügenden nicht erfolgen, da dieser die Verpflichtung nicht erfüllen könne. Das Verfügungsgeschäft sei in der Regel der Fälle wegen § 935 BGB unwirksam, da die Ehegatten an den Haushaltsgegenständen Mitbesitz hätten.

Nach K o e n i g e r ²⁸⁶⁾ und S c h e f f l e r ²⁸⁷⁾ kommt eine entsprechende Anwendung des § 1369 nicht in Frage, weil es sich bei den zur Debatte stehenden Fällen um zwei verschiedene Tatbestände handel-e, nämlich um die Verfügung über eigene Gegenstände ohne Verfügungsmacht und die über fremde Gegenstände.

283) B G B - R G R K § 1369 A. 15

284) M a s s f e l l e r - R e i n i c k e § 1369 A. 5

285) K o e n i g e r DRiZ 59, 373/374; B o e h m e r FamRZ 59, 4; B ä r m a n n AcP 157, 161; L e h m a n n Familienrecht S. 84; Z i e g e l NJW 57, 1580; Z u n f t NJW 58, 130

286) DRiZ 59, 373/374

287) B G B - R G R K § 1369 A. 15

Z i e g e ²⁸⁸⁾ will sich darauf berufen, daß § 1369 nur den Ehegatten schützen will, der nicht Eigentümer der Gegenstände ist. Wenn dieser aber selber als Nichtberechtigter verfüge, so verdiene er auch keinen Schutz mehr, weil er in der Verfügung bereits konkludent seine Zustimmung zu der Verfügung gebe. Z i e g e geht in seiner Betrachtung des § 1369 davon aus, daß dieser nur zum Schutz des Zugewinnausgleichsanspruchs bestimmt sei. Dem gegenüber beruft sich die Gegenmeinung ²⁸⁹⁾, vertreten u. a. von B e i t z k e , L a u t e r b a c h und L o r e n z vor allem auf den Schutzgedanken des § 1369, der das Zusammenleben der Ehegatten fördern solle.

Die letztere Meinung ist der ersteren vorzuziehen. Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, daß der Wortlaut des § 1369 darauf hinweist, daß nur Verfügungen über Gegenstände, die dem Verfügenden gehören, der Zustimmung des anderen Ehegatten bedürfen. Jedoch fordert der Schutz des gemeinschaftlichen Zusammenlebens der Ehegatten eine analoge Anwendung des § 1369 auf solche Verfügungen. Die Rechtfertigung einer Analogie ergibt sich vor allem aus der Tatsache, daß die Ehegatten durch das eheliche Band zu einer Gemeinschaft zusammengeschlossen werden. Die Haushaltsgegenstände sollen das Zusammenleben dieser Gemeinschaft ermöglichen. Maßgebend in § 1369 ist der Gedanke, daß die Gegenstände dieser Gemeinschaft nicht ohne weiteres entzogen werden können.

288) NJW 57, 1580

289) L o r e n z JZ 59, 107; B e i t z k e FamRZ 58, 167 u. "Familienrecht" § 13 II 1; B e r g e s KTS 58, 69; B a u r Fam RZ 58, 256; E p p i g aaO., S. 31

Die Eigentumsverhältnisse können deshalb keine Rolle spielen. Darüberhinaus weichen die beiden Tatbestände gar nicht so voneinander ab. In beiden Fällen handelt der Verfügende ohne Verfügungsmacht, im einen Fall, weil ihm keinerlei Rechte an den Gegenständen zustehen, im anderen Fall, weil er in der Verfügung über diese Gegenstände beschränkt ist.

Eine solche Behandlung dieses Tatbestandes ist aber insbesondere deshalb notwendig, weil nach einigen Jahren der Ehe die Eigentumsverhältnisse an den einzelnen Haushaltsgegenständen gar nicht mehr so leicht feststellbar sind. Das gilt insbesondere für solche Gegenstände, die an die Stelle von wertlos gewordenen Gegenständen getreten sind und gemäß § 1370 BGB demjenigen Ehegatten gehören, in dessen Eigentum der zu ersetzende Gegenstand stand.

Die Ansicht von Z i e g e ist abzulehnen, da er von falschen Voraussetzungen ausgeht, indem er nämlich den Schutz des Zugewinnausgleichsanspruchs in den Vordergrund stellt. Eine Verwirkung dieses Anspruchs kommt aber deshalb nicht in Frage, weil § 1369 in erster Linie die Aufrechterhaltung des Familienlebens schützen will, und es nicht allein auf die Interessen des verfügenden Ehegatten ankommt.

Aus dem Erörterten zeigt sich also, daß § 1369 sich sowohl auf Gegenstände, die im Miteigentum der Ehegatten stehen, also auch auf solche, die dem anderen Ehegatten allein gehören, erstrecken muß.

II. Gegenstände, die im Eigentum eines Dritten stehen

Als Gegenstände, die im Eigentum eines Dritten stehen, kommen vor allem geliehene und gemietete Sachen in Betracht.

Wenn wir für Verfügungen über Gegenstände, die dem anderen Ehegatten gehören, eine Analogie zuließen, so geschah das deshalb, weil die eheliche Lebensgemeinschaft das Schutzobjekt dieser Bestimmung ist und weil gerade diese Gegenstände ihr zu dienen bestimmt sind und deshalb eine Betonung der Eigentumsverhältnisse zwischen den Ehegatten nicht als wesentlich erscheint. Die Ausdehnung des § 1369 auf die Fälle, bei denen über Gegenstände, die im Eigentum einer dritten Person stehen, verfügt wird, ist nicht mehr zu rechtfertigen. Solche Gegenstände sind in der Regel diesem Haushalt nicht für dauernd gewidmet. Es wird damit gerechnet, daß sie eines Tages dem Haushalt wieder entzogen werden.

Wollte man § 1369 auch auf solche Gegenstände anwenden, so würde auch den Eigentümern ein weitergehender Schutz gewährt als sonst. Dafür besteht aber keinerlei Veranlassung.

I I I . K a p i t e l

Gemeinsame Probleme der §§ 1365 und 1369

Im Folgenden sind alle Fragen zu behandeln, die schon im Rahmen des § 1365 Bedeutung gewonnen haben. Vielfach kann auf die im I. Teil dieser Untersuchung gemachten Ausführungen verweisen werden. Erforderlich ist lediglich, die Besonderheiten, die sich aus der Verschiedenartigkeit der beiden Bestimmungen ergeben, herauszustellen.

§ 25

Der Begriff "V e r f ü g u n g "

über Gegenstände des ehelichen Haushalts

Zur Feststellung dieses Begriffes kann auf die Ausführungen zu § 1365 Bezug genommen werden. Besonderheiten ergeben sich dadurch, daß von § 1369 nur bewegliche Sachen oder höchstens Rechte, die sich auf solche beziehen, erfaßt werden.

Als Verfügungen kommen daher die Übertragung, Belastung und die Dereliktion eines Haushaltsgegenstandes sowie der Erlaßvertrag über einen Ersatzanspruch, der Verzicht auf den dinglichen Herausgabeanspruch und die Übertragung und Belastung solcher Rechte in Betracht.

Einer Einschränkung des allgemeinen Verfügungsbegriffes bedarf es im Rahmen des § 1369 nicht. Eine Erweiterung erscheint jedoch hinsichtlich solcher Prozeßhandlungen erforderlich, die eine einer Verfügung ähnliche Wirkung herbeiführen. Damit fallen auch das prozessuale Anerkenntnis, der Klageverzicht und der Prozeßvergleich unter § 1369.

Verfügungen im Sinne des § 1369 sind daher Rechtsgeschäfte oder Prozeßhandlungen, die auf den Bestand eines Rechtes unmittelbar einwirken bzw. einen dieser Wirkung gleichzusetzenden Erfolg herbeiführen.

§ 26

Die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten

Zu § 1365 wurde das Problem, ob bei den Rechtsgeschäften über das Vermögen im ganzen der Erwerber bzw. beide Geschäftspartner wissen müssen, daß der Veräußerer hierdurch über sein gesamtes Vermögen "verfügt", erörtert.

Ähnlich ist innerhalb des § 1369 die Frage zu stellen, ob der Erwerber bzw. beide Geschäftspartner wissen müssen, daß der Ehegatte über einen Gegenstand des ehelichen Haushalts verfügt.

- I. Die analoge Anwendung der subjektiven Theorie auf § 1369
S c h e f f l e r ²⁹⁰⁾ und K o e n i g e r ²⁹¹⁾ wollen die subjektive Theorie auch auf § 1369 übertragen, indem sie die Wirksamkeit eines solchen Rechtsgeschäfts von der Kenntnis des Erwerbers, daß der betreffende Gegenstand zum Haushalt des Verfügenden gehöre, abhängig machen wollen. Sie begründen dies damit, daß sonst die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu sehr gestört werde. Die Ausdehnung der subjektiven Theorie auf § 1369 ist noch weniger vertretbar als die auf § 1365, da die Tatbestände der §§ 419 und 1369 völlig voneinander abweichen. Auch die Berufung auf den Schutz des Rechtsverkehrs geschieht zu Unrecht. Auch § 1369 ist ein absolutes

290) B G B - R G R K § 1369 A. 5

291) DRiZ 59, 373

Veräußerungsverbot, da auch der Verstoß gegen diese Vorschrift die **a b s o l u t e** Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes nach sich zieht (§§ 1366 IV, 1367, 1369 III BGB). Gerade dadurch hat aber der Gesetzgeber gezeigt, daß er den Schutz der familiären Interessen wesentlich höher bewertet als den des Rechtsverkehrs. Daß sich der Gesetzgeber dessen bewußt gewesen ist, ist in Bericht des Rechtsausschusses deutlich zum Ausdruck gebracht ²⁹²⁾.

II. Die Anwendung der sog. "Eigenschaftstheorie" auf § 1369

E p p i g ²⁹³⁾ will die von ihr entwickelte Eigenschaftstheorie auch auf § 1369 anwenden ²⁹⁴⁾. Sie verlangt, daß bei Geschäftsabschluß beide Vertragspartner wissen, daß der Vertragsgegenstand zum ehelichen Haushalt des Verfügenden gehört. Sie sieht den Umstand, daß ein Gegenstand zu den Haushaltsgegenständen des Verfügenden gehört, als Eigenschaft dieses Gegenstandes an und verlangt, daß die Parteien diesen in ihr Vorstellungsbild aufgenommen haben. Sie gibt jedoch zu, daß in aller Regel die Geschäftspartner darum wissen werden.

Dieser Ansicht kann ebensowenig wie für § 1365 gefolgt werden. Es geht hier ja nicht um die Frage, daß die Parteien wissen müssen, daß es sich um einen Haushaltsgegenstand als **s o l c h e n** handelt, sondern darum, daß dieser Gegenstand zu dem Haushalt des **V e r f ü g e n d e n** gehört. Auch dieser Umstand kann nicht als Eigenschaft bezeichnet werden. Diese "Eigenschaft" entsteht lediglich

292) Zu BT Drucks. 3409, 6

293) aaO. S. 71

294) Vgl. R e i t h m a n n DNotZ 61, 9, der sich Eppig angeschlossen hat.

dadurch, daß dieser Gegenstand in Beziehung zu der Person des Verfügenden gesetzt wird. Sie hängt damit von der Person des Verfügenden ab. Das kann aber diesen Umstand nicht zu einer Eigenschaft machen.

Die Unwirksamkeit eines unter § 1369 fallenden Rechtsgeschäftes ist nicht von den subjektiven Vorstellungen der Vertragspartner abhängig.

§ 27

Der an § 1369 gebundene Personenkreis

lich wie bei § 1365 ist auch bei § 1369 fraglich, welche Personen an die Zustimmung des anderen Ehegatten bei Verfügungen über Haushaltsgegenstände gebunden sind.

Für die rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vertreter hat dasselbe zu gelten, da sie die Rechtsgeschäfte nur im Namen des Vertretenen abschließen können (§ 164 BGB).

Hinsichtlich der Stellung des Testamentsvollstreckers und des Nachlaßverwalters zeigt sich, daß diese Rechtsgeschäfte der in § 1369 bezeichneten Art gar nicht vornehmen können, weil die vom Ehegatten geerbten Gegenstände vor der Auseinandersetzung noch gar nicht dem ehelichen Haushalt zu dienen bestimmt waren.

Lediglich Rechtshandlungen des Konkursverwalters können durch § 1369 eingeschränkt sein. Hier kann es sich aber nur um solche Gegenstände handeln, die nicht unter die Pfändungsgrenzen des § 811 ZPO fallen, da diese gar nicht zur Konkursmasse gehören (§ 1 I KO).

Für die übrigen Gegenstände zeigt sich das gleiche Problem wie innerhalb des § 1365, da auch § 1369 ein absolutes Veräußerungsverbot enthält.

Wir kommen auch hier zur gleichen Ansicht wie zu § 1365. Die Familie kann nicht auf Kosten der Gläubiger des Ehegatten ihr Familienleben mit Haushaltsgegenständen gestalten, die über das notwendige Maß dessen, was eine Familie für die Führung des Haushalts benötigt, hinausgehen. Für die Erhaltung der unbedingt notwendigen Gegenstände ist aber schon durch die §§ 1 KO, 811 ZPO gesorgt.

Im übrigen handelt es sich beim Konkurs um ein ähnliches Verfahren wie bei der Zwangsvollstreckung, weswegen eine andere Behandlung als bei dieser nicht zu rechtfertigen ist.

Damit ist der Konkursverwalter nicht an die Zustimmung des anderen Ehepartners gebunden.

- IV. Im Vergleich mit § 1365 zeigt sich also ein Abweichen und zwar dadurch, daß Rechtshandlungen des Testamentsvollstreckers und Nachlaßverwalters im Rahmen des § 1369 gar nicht vorkommen können. Hinsichtlich der Vertreter und des Konkursverwalters ergibt sich keine andere Behandlung als in § 1365.

§ 28

Der Zeitpunkt des Eintrittes

der Verwaltungsbeschränkung

Es handelt sich hierbei ebenso wie in § 1365 um die Frage, ob das Verfügungsgeschäft über einen Haushaltsgegenstand, wenn das entsprechende Verpflichtungsgeschäft schon vor dem 1. 7. 58, vor der Verheiratung oder vor Änderung des Güterstandes vorgenommen wurde, der Einwilligung des anderen Ehegatten bedarf. Dieses Problem wird bei Anwendung des § 1369 seltener als beim § 1365 auftauchen, da bei Rechtsgeschäften über Haushaltsgegenstände nur selten die beiden Rechtsgeschäfte getrennt vorgenommen werden.

Auch bei der Erörterung dieser Frage zu § 1369 gehen die Meinungen auseinander.

F i n k e ²⁹⁵⁾, S c h e f f l e r ²⁹⁶⁾ und R e i n i c k e ²⁹⁷⁾ wollen im Gegensatz zu K o e n i g e r ²⁹⁸⁾ eine Zustimmung des anderen Ehegatten für diese Verfügungsgeschäfte nicht verlangen. Eine Begründung wird zu den angeführten Ansichten jedoch nicht erbracht.

Auch hier ist die Frage, ob in § 1369 beide Rechtsgeschäfte der Zustimmung des anderen Ehegatten bedürfen oder nur eines von beiden, von Bedeutung.

Im Gegensatz zu § 1365 beginnt § 1369 mit dem Verfügungsgeschäft und erwähnt erst als zweites das Verpflichtungsgeschäft. Für beide Rechtsgeschäfte wird die Zustimmung des anderen Ehegatten verlangt. Es besteht also hier eine andere Situation als in § 1365.

295) E r m a n - F i n k e § 1369 A. 2

296) B G B - R G R K § 1369 A. 20

297) R e i n i c k e BB 57, 566

298) K o e n i g e r DRiZ S. 374

Daß die §§ 1365 und 1369 hierin voneinander abweichen, ist keine Besonderheit. Ähnliches zeigt sich bei der Gütergemeinschaft. In § 1423 BGB (§1444 a.F.) bedarf nur ein Rechtsgeschäft der Einwilligung, dafür in § 1424 FGB (§ 1445 a.F.) beide Rechtsgeschäfte. Wenn also eine Verwaltungsbeschränkung sich auf einzelne bestimmte Gegenstände bezieht, ist die Zustimmung für beide Rechtsgeschäfte, während wenn sie sich auf einen ganzen Vermögenskomplex erstreckt, nur für ein Rechtsgeschäft erforderlich. Sollte nun diese Verschiedenheit der beiden Bestimmungen in dieser Beziehung zur Folge haben müssen, daß für das zu behandelnde Problem bei Anwendung des § 1369 etwas anderes zu gelten habe als für § 1365?

Die Ansicht, daß bei Anwendung des § 1365 ein Verfügungsgeschäft erst dann unter seine Beschränkung falle, wenn auch das Verpflichtungsgeschäft nach dem 1. 7. 58 abgeschlossen wurde, wurde zwar im wesentlichen damit begründet, daß zwischen den Absätzen 1 und 2 eine Abhängigkeit bestehe. Dazu kommt, daß, wollte man § 1365 auf Verfügungsgeschäfte anwenden, deren Verpflichtungsgeschäft vor diesem Zeitpunkt vorgenommen wurde, der Zeitpunkt der Einschränkung der Verwaltungsfreiheit der Ehegatten praktisch in den Zeitraum vor Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes zurückverlegt würde.

Die letztere Begründung vermag auch für § 1369 herangezogen zu werden. Der Ehegatte war vor dem 1. 7. 58 in der Verwaltung seines Vermögens noch völlig frei. Aus diesem Grunde konnte er sich auch wirksam verpflichten, über Haushaltsgegenstände, die ihm gehörten, zu verfügen. Mit dieser Verpflichtung schied er diese Gegenstände aus dem Kreis der Haushaltsgegenstände aus. Damit waren diese im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gleichberechtigungsgesetzes nicht mehr dazu bestimmt, dem ehelichen Haushalt zu dienen. Zur Zeit der Vornahme des Verpflichtungsgeschäftes war der Ehegatte aber noch dazu befugt, über die zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstände frei zu verfügen. Er konnte den Gegenstand also seiner Bestimmung, dem ehelichen Haushalt zu dienen, ohne Zustimmung des anderen Ehegatten entziehen. Hätte er das Verfügungsgeschäft gleichzeitig mit dem

Verpflichtungsgeschäft vorgenommen, so bestünde über diese Lösung kein Zweifel. Aber auch wenn die beiden Rechtsgeschäfte nicht gleichzeitig, das eine vor dem 1. 7. 58, das andere erst nach dem Zeitpunkt abgeschlossen wurde, bedarf das Verfügungsgeschäft nicht der Zustimmung des anderen Ehegatten, da dieser Gegenstand mit Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes seiner Bestimmung, dem Haushalt zu dienen, bereits entzogen war.

Deutlicher noch wird dies, wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die vor der Verheiratung abgeschlossen wurden. Hier hat der Gegenstand überhaupt noch nicht dem ehelichen Haushalt gedient. Das Verfügungsgeschäft über einen solchen Gegenstand kann deshalb nicht an die Zustimmung des anderen Ehegatten gebunden sein.

Auch wenn die Ehegatten, die im Güterstand der Gütertrennung gelebt haben, später durch Ehevertrag die Zugewinnngemeinschaft vereinbart haben, kann nichts anderes gelten, wenn das Verpflichtungsgeschäft vor dieser Vereinbarung vorgenommen wurde. Der Gegenstand war eben schon vor dieser Vereinbarung aus dem Kreis der Haushaltsgegenstände ausgeschieden. Zu diesem Zeitpunkt war der Ehegatte aber noch in der Verfügung über diesen Gegenstand frei.

Damit hat sich zu dem hier angeschnittenen Problem keine andere Lösung als zu § 1365 ergeben. Die Verfügungsgeschäftsbedürfen, wenn das Verpflichtungsgeschäft vor dem maßgeblichen Zeitpunkt abgeschlossen wurde, nicht der Zustimmung des anderen Ehegatten.

I I I . T e i l

Die Rechte des anderen Ehegatten

Die Verwaltungsbeschränkungen sollen die Ansprüche der Ehegatten gegeneinander schützen. Deswegen müssen dem nicht verfügenden Ehegatten gewisse Recht zustehen, die es ermöglichen, einen wirksamen Schutz dieser Ansprüche zu gewährleisten. Der Gesetzgeber hat aus diesem Grund die Wirksamkeit der unter die Beschränkungen fallenden Rechtsgeschäfte von der Zustimmung des anderen Ehegatten abhängig gemacht und um diesem Zustimmungs- bzw. Einspruchsrecht eine möglichst hohe Wirksamkeit zu geben, dem anderen Ehegatten die Befugnis erteilt, Rechtsgeschäfte, die vom verfügenden Ehegatten ohne seine Einwilligung vorgenommen würden, im Klageweg quasi rückgängig zu machen.

I. K a p i t e l

Die Rechte des anderen Ehegatten

beim Zustandekommen von Rechtsgeschäften

§ 29

Der Inhalt des Zustimmungsrechtes

I. Die Begrenzung des Zustimmungsrechtes durch die zu wahrenen Interessen der Familie

Die §§ 1365 und 1369 bestimmen, daß der Ehegatte die entsprechenden Rechtsgeschäfte nur mit Einwilligung, also mit vorheriger Zustimmung des anderen Ehegatten vornehmen

kann. Bei Verträgen kann auch die Zustimmung noch nachträglich erfolgen (§ 1366 I).

Das bedeutet, daß der andere Ehegatte das Recht hat, dem Rechtsgeschäft seine Wirksamkeit zu versagen oder dieselbe zu bestätigen. Bei dieser Entscheidung ist er jedoch nicht ganz frei. Er kann nur aus vernünftigen Gründen seine Einwilligung zu dem Rechtsgeschäft verweigern. Legt er dagegen solche Erwägungen seiner Entscheidung nicht zugrunde, so steht dem anderen Ehegatten das Recht zu, beim Vormundschaftsgericht einen Antrag auf Ersetzung der Zustimmung des anderen Ehegatten zu stellen (§§ 1365 II und 1369 II). Das Vormundschaftsgericht kann die Zustimmung ersetzen, wenn der andere Ehegatte sie ohne ausreichenden Grund verweigert hat. Im Falle des § 1365 muß noch hinzukommen, daß das in Frage stehende Rechtsgeschäft den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht. Das Recht des anderen Ehegatten orientiert sich also an dem Sinn der Verwaltungsbeschränkungen. Seine Rechte gehen nur so weit, als er von diesen zum Zweck des Schutzes der familiären Ansprüche Gebrauch macht. Daraus ergibt sich eine Einschränkung des Ehegatten in der Ausübung dieses Rechtes im Hinblick auf die Wahrnehmung der Interessen der Familie. Seine Position besteht also lediglich darin, dafür zu sorgen, daß die Vermögenswerte des anderen Ehegatten der Familie sinnvoll erhalten bleiben.

II. Das Zustimmungrecht als Mitwirkungsrecht

Der andere Ehegatte hat auf Grund des Zustimmungrechtes ein gewisses Mitwirkungsrecht an den Rechtsgeschäften, die grundsätzlich eine Gefährdung des Vermögens des anderen Ehegatten mit sich bringen können.

Es handelt sich dabei aber nicht um ein Recht, das sich auf das Vermögen selbst bezieht. Ein Verwaltungsrecht wird hierdurch nicht gewährt, sondern lediglich das Recht,

die die Interessen der Familie geänrdenden Rechtsgeschäfte zu verhindern.

§ 30

Die Ausübung des Zustimmungrechtes

Besonderheiten bei der Genehmigung von Verträgen

Schließt ein Ehegatte ohne die erforderliche Einwilligung einen Vertrag, so ist dieser zunächst schwebend unwirksam. Es entsteht also ein Schwebezustand bis zur Erteilung der Genehmigung oder Versagung derselben durch den anderen Ehegatten (§ 1366 I).

Nun besteht aber die Möglichkeit, daß während dieses Schwebezustandes die Ehe aufgelöst wird, sei es durch Tod, Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe. Auch können die Verwaltungsbeschränkungen deshalb wegfallen, weil inzwischen Gütertrennung zwischen den Ehegatten eingetreten ist, sei es auf Grund eines Ehevertrages (§§ 1414, 1408 BGB) oder eines rechtskräftigen Urteiles, in dem auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns erkannt ist (§ 1388 BGB). Fraglich ist in solchen Fällen, ob solche Rechtsgeschäfte noch der Genehmigung bedürfen.

Für die Lösung dieser Frage kommt es wieder darauf an, welchem Zweck die §§ 1365 und 1369 dienen. Bei den zu-er-örternden Problemen ist es lediglich auf diejenigen Schutzgedanken abzustellen, die in diesen Fällen noch Realität gewinnen können. Für § 1365 muß der Schutz des nun entstehenden Zugewinnausgleichsanspruchs und in § 1369 daneben der Schutz vor Verschleuderung der Haushaltsgegenstände, derer die Ehegatten zur Führung des getrennten Haushaltes bedürfen, maßgebend sein.

- 1) a) Stirbt der verfügende Ehegatte, so hat der andere Ehegatte ein Interesse an der Erhaltung der Erbmasse. Sie ist die Grundlage für die Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs, wenn der Ehegatte nicht Erbe wird oder die Erbschaft ausschlägt (§ 1371 II und III BGB). Bei gesetzlicher Erbfolge ist sie die Basis für den an die Stelle des Zugewinnausgleichsanspruchs tretenden erhöhten Erbteil (§ 1371 I BGB) ²⁹⁹⁾. Ähnliches hat für die gewillkürte Erbfolge zu gelten. Deshalb bedürfen Rechtsgeschäfte, die eine Verfügung des verstorbenen Ehegatten über sein gesamtes Vermögen zum Inhalt hatten, der Genehmigung des überlebenden Ehegatten.

Dasselbe gilt bei Rechtsgeschäften über Haushaltsgegenstände, da auch § 1369 den Zugewinnausgleichsanspruch schützen soll. Ein berechtigtes Interesse an der Erhaltung dieser Gegenstände trifft außerdem insbesondere den Ehegatten, der gesetzlicher Erbe ist, da er einen Anspruch auf den Voraus (§ 1932 BGB) hat ³⁰⁰⁾, desgleichen den Ehegatten, dem auf Grund gewillkürter Erbfolge Rechte an den Haushaltsgegenständen zustehen.

- b) Ganz anders sind dieselben Rechtsgeschäfte zu beurteilen, wenn der nicht verfügende Ehegatte stirbt. Die Erben dieses Ehegatten haben keine Rechte in Bezug auf den Zugewinn des verstorbenen Ehegatten.

299) Ebenso E r m a n - F i n k e § 1366 A. 5; M a s s -
f e l l e r - R e i n i c k e § 1366 A. 10

300) Vgl. hierzu BGB-RGRK § 1366 A. 4

Ein solcher Anspruch steht lediglich dem überlebenden Ehegatten zu (§ 1371 BGB). Deshalb geht auch das Zustimmungsrecht nicht auf die Erben über ³⁰¹⁾.

Das Rechtsgeschäft wird damit mit dem Tod des nicht verfügenden Ehegatten wirksam. Ein anderes ergibt sich auch nicht aus den Rechtsgedanken des § 108 III BGB. Nach dieser Vorschrift erlangen schwebend unwirksame Verträge eines Minderjährigen, wenn dieser volljährig wird, erst durch dessen Genehmigung Wirksamkeit. Eine Übertragung dieses Rechtsgedankens auf die hier erörterten Rechtsgeschäfte ist deshalb nicht möglich, weil die §§ 106 ff. BGB den Minderjährigen vor Rechtsgeschäften schützen wollen, deren Tragweite er noch nicht erkennen kann. Die § 1365 ff. wollen dagegen insbesondere den nicht verfügenden Ehegatten und die übrige Familie schützen, aber weniger den verfügenden Ehegatten. Wollte man diesem das Recht einräumen, die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte erst durch seine eigene Genehmigung herbeiführen zu können, so könnte er auf diese Weise von Rechtsgeschäften loskommen, die er inzwischen für unvorteilhaft erkannt hat. Man würde dadurch den Vertragspartner, ohne daß hier ein zu schützen des Interesse vorläge, benachteiligen. Die Heranziehung dieses Rechtsgedankens ist deshalb nicht möglich. Die Rechtsgeschäfte werden mit dem Tod des Ehegatten wirksam.

301) Ebenso E r m a n - F i n k e § 1366 A. 5; M a s s - f e l l e r - R e i n i c k e § 1366 A. 10; a.M. K r ü g e r - B r e e t z k e - N o w a c k Übers. vor §§ 1365 ff. A. 4: den Erben stehe zwar kein Ausgleichsanspruch zu. Der handelnde Ehegatte könne seinerseits von ihnen Ausgleich nach § 1371 II BGB fordern. Dann könnten sie ein ungünstiges Ergebnis unter Umständen als Vermögensminderung der Gegenseite geltend machen (§ 1375 BGB). Das genüge aber keinesfalls stets. Deshalb müsse ihnen die Befugnis erhalten bleiben, dem Vertrag die Genehmigung zu versagen.

2) Verträge, die im Zeitpunkt der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung einer Ehe schwebend unwirksam sind, sind ähnlich zu behandeln, wie im Falle des Todes des verfügenden Ehegatten. Die Ehegatten haben jetzt einen Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns. Auch die Verteilung des Hausrates gewinnt jetzt an Bedeutung, um den Ehegatten die Führung eines getrennten Haushaltes zu ermöglichen. Würde eine Genehmigung nicht erforderlich sein, so könnte auf diese Weise der eine Ehegatte den anderen leicht schädigen. Die Genehmigung ist deshalb notwendig ³⁰²⁾.

3) a) In gleicher Weise sind dieselben Rechtsgeschäfte zu behandeln, wenn ein Ehegatte auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns klagt und mit der Rechtskraft des Urteils die Gütertrennung eingetreten ist. Auch hier bleibt die Genehmigung des anderen Ehegatten erforderlich. Es tritt zwar Gütertrennung ein, bei der die Verwaltungsbeschränkungen wegfallen. Der Grund für die Erhebung der Klage auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns ist aber, daß bereits eine Gefährdung desselben eingetreten ist. Nicht nur die Rechtsgeschäfte, die unter die Voraussetzung des § 1365 fallen, bedürfender Genehmigung, sondern auch solche über Haushaltsgegenstände. Der Ehegatte war gezwungen, wenn er seinen Ausgleichsanspruch sichern wollte, den Eintritt einer Gütertrennung und damit auch das Wegfallen der Verwaltungsbeschränkungen in Kauf zu nehmen. Deshalb darf aber kein Schaden

³⁰²⁾ Ebenso *E r m a n - F i n k e* § 1366 A. 5; *M a s s f e l - l e r - R e i n i c k e* § 1366 A. 9, anders der Ehegatte, dem im Hausratsverfahren keine Möbel zugesprochen werden; *B G B - R G R K* 1366 A. 4, soweit Ausgleichsanspruch beeinträchtigt werden könne; *R e i n i c k e* BB 57, 567

in Beziehung auf die Gegenstände entstehen, die zum Zusammenleben der Ehegatten erforderlich sind. Darüberhinaus wird es in solchen Fällen meist zu einer Scheidung der Ehe kommen, weswegen der Schutz der für die Trennung der Ehegatten erforderlichen Gegenstände angezeigt ist.

- b) Dagegen bedürfen Verträge, die vor der Vereinbarung der Gütertrennung abgeschlossen wurden, nicht der Genehmigung. Gütertrennung kann nurmehr durch Ehevertrag vereinbart werden (§ 1408 BGB). Dann sind beiden Ehegatten die Folgen eines solchen Ehevertrages bekannt. Sie schließen also bewußt die Verwaltungsbeschränkungen aus. Es ist damit kein Raum mehr für die Genehmigung solcher vor der Gütertrennung unter diese Beschränkungen fallender Rechtsgeschäfte.

II. Die Abgabe der Zustimmungserklärung

- 1) Die Art und Weise, in der die Zustimmung abgegeben werden muß, richtet sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 182 ff. BGB ³⁰³⁾. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend durch schlüssiges Verhalten erklärt werden. Sie bedarf nicht der Form des zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes ³⁰⁴⁾. Lediglich die Bewilligung im Grundbuchverkehr (§ 19 GBO) muß in der Form des § 29 GBO

303) Wir verweisen hier nur auf einige Probleme, die von etwas größerer Bedeutung sind

304) Ebenso E r m a n - F i n k e § 1365 A. 4; B G B - R G R K § 1365 A. 19; R e i n i c k e BB 57, 565

abgegeben werden ³⁰⁵⁾. Betroffener im Sinne des § 19 GBO ist auch der andere Ehegatte, wenn das Grundstück das gesamte Vermögen des verfügenden Ehegatten darstellt und dieser eine Verfügung vornimmt, die unter die Voraussetzungen des § 1365 fällt.

Die Zustimmung des anderen Ehegatten kann gegenüber dem verfügenden Ehegatten oder dem Dritten erklärt werden, mit dem das Rechtsgeschäft geschlossen wird (§ 182 I BGB).

Die Genehmigung wirkt ex tunc und macht das Rechtsgeschäft von Anfang an wirksam (§ 184).

- 2) Von B o s c h ³⁰⁶⁾ wird vorgeschlagen, die Grundsätze der Lehren über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht auf die Zustimmung in den §§ 1365 und 1369 zu übertragen. Wollte man diese auf die Zustimmung des anderen Ehegatten anwenden, so würde das bedeuten, daß, falls der andere Ehegatte von dem Abschluß des Rechtsgeschäftes des verfügenden Ehegatten Kenntnis hat, dieses duldet, und der Vertragspartner damit rechnet, daß er das Rechtsgeschäft mit Zustimmung des anderen Ehegatten vornimmt, das Rechtsgeschäft wirksam wird. Bei der Übertragung der Grundsätze über die Anscheinsvollmacht würde das Rechtsgeschäft wirksam sein, wenn der andere Ehegatte von dem Abschluß des Rechtsgeschäftes keine Kenntnis hat, hätte aber darum wissen können, und der Dritte sich nach Treu und Glauben darauf verlassen konnte, daß der verfügende Ehegatte die Zustimmung des anderen Ehegatten hat.

305) Ebenso E r m a n - F i n k e § 1365 A. 4; B G B - R G R K § 1365 A. 19; H a e g e l e Rpfl. 59, 10 u. 248

306) B o s c h FamRZ 57, 195

Es handelt sich dabei um ein ähnliches Problem wie bei der analogen Anwendung der subjektiven Theorie auf die §§ 1365 und 1369. Die beiden Interessen Schutz der Familie und Verkehrsschutz kollidieren wieder. Auch hier kann nicht anders entschieden werden, als bei der subjektiven Theorie. Der Schutz der Familie ist dem des Verkehrs vorzuziehen, die Lehre von der Duldungs- und Anscheinsvollmacht kann deshalb auf die § 1365 ff. nicht übertragen werden.

- 3) Wenn nun der andere Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so bedarf er zu dieser Zustimmungserklärung der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. § 107 BGB kann auf diese nicht angewendet werden, da solche Rechtsgeschäfte eine Gefährdung der Ansprüche des Ehegatten zur Folge haben können. Durch die Zustimmung erwächst ihm also nicht lediglich ein rechtlicher Vorteil.

Da die Zustimmung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, ist die ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abgegebene Erklärung gemäß § 111 BGB unwirksam ³⁰⁷⁾.

307) Ebenso Z u n f t NJW 58, 130; B G B - R G R K
§ 1365 A. 27

II. Kapitel

Die Prozeßführungsbefugnis

§ 31

Auslegungsgrundsätze

I. Der Zweck des § 1368

Durch das Zustimmungsbzw. Einspruchsrecht des anderen Ehegatten sollen die die familiären Interessen gefährdenden Rechtsgeschäfte verhindert werden. Eine wirksame Sicherung dieser Ansprüche gewährt aber dieses Zustimmungsrecht allein nicht. Dem anderen Ehegatten muß auch die Möglichkeit gegeben sein, die durch die Vornahme solcher unwirksamer Rechtsgeschäfte entstandenen Folgen im eigenen Namen wieder gerichtlich zu beseitigen. Aus diesem Grund war es erforderlich, dem anderen Ehegatten das Recht einzuräumen, Prozesse im eigenen Namen über die sich aus der Unwirksamkeit solcher Verfügungen ergebenden Rechte zu führen.

§ 1368 ist die Auswirkung des Zustimmungsrechtes des anderen Ehegatten. Dieses Prozeßführungsrecht soll also die Erhaltung der durch die §§ 1365 und 1369 geschützten Güter insofern sichern, als schon durch die Vornahme verbotener Rechtsgeschäfte eine Gefährdung der familiären Interessen tatsächlich eingetreten ist.

II. Die zur Auslegung des § 1368 heranzuziehenden Bestimmungen

1) § 1407 Ziff. 3 a.F. BGB

Nach dem alten Güterrecht war die Ehefrau im gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes grundsätzlich nur befugt, Prozesse über Rechte

des eingebrachten Gutes mit Zustimmung des Ehemannes zu führen (§ 1400 II BGB). Eine Ausnahme galt gemäß § 1407 Ziff. 3 BGB, wenn der Ehemann über die zum eingebrachten Gut gehörenden Rechte ohne die erforderliche Zustimmung der Frau (§ 1375) verfügt hatte. In solchen Fällen konnte die Frau auch ohne Zustimmung des Mannes, die sich aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergebenden Rechte gerichtlich geltend machen (§ 1407 Ziff. 3 o. 7).

Dieses Prozeßführungsrecht der Frau weist erhebliche Verschiedenheiten gegenüber dem dem anderen Ehegatten nach § 1368 n.F. zustehenden Recht auf.

Die Ehefrau nahm im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung eigene Rechte wahr, während der andere Ehegatte im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft die zum Vermögen des verfügenden Ehegatten gehörenden Rechte geltend macht. Dem letzteren stehen auch keinerlei Verfügungsrechte über die eingeklagten Vermögensgegenstände zu, anders nach dem alten Güterrecht. Die Ehefrau hatte das Verfügungsrecht und bedurfte zu Verfügungen über das eingebrachte Gut nur der Zustimmung des Ehemannes (§ 1395 a.F. BGB).

Auch in der Zielsetzung zeigt sich ein Abweichen der beiden Vorschriften voneinander. Nach altem Güterrecht soll die Ehefrau davor geschützt werden, ihr eigenes schon vorhandenes Vermögen zu verlieren. Nach dem neuen Güterrecht geht es um den Schutz erst entstehender Ansprüche.

Die §§ 1407 Ziff. 3 a.F. und 1368 n.F. weisen demnach wesentliche Verschiedenheiten in ihrem Tatbestand und in ihrer Zielsetzung auf. Eine Heranziehung der Rechtsprechung und Rechtslehre empfiehlt sich deshalb nicht.

2) Die §§ 1449 a.F. und 1428 n.F. BGB

Nach den §§ 1449 a.F. und 1428 n.F. kann bzw. konnte der nicht verwaltende Ehegatte, die sich aus der Unwirksamkeit einer Verfügung des verwaltenden Ehegatten ergebenden Rechte (§§ 1444 bis 1446 a.F., §§ 1423 bis 1425 n.F.) im eigenen Namen gerichtlich geltend machen.

Auch diese Bestimmungen weisen gegenüber dem § 1368 Unterschiede auf. Im Vergleich zu dem § 1407 Ziff. 3 a.F. ergibt sich, daß bei der Gütergemeinschaft der nicht-verwaltende Ehegatte mit seiner Klage nicht nur eigene Rechte geltend macht, sondern auch die des verwaltenden Ehegatten. Ferner kommt hinzu, daß der nicht verwaltende Ehegatte grundsätzlich kein Verfügungsrecht über die Gegenstände, die zum Gesamtgut gehören, hat. Damit kommt die Regelung der §§ 1449 a.F. und 1428 n.F. der des § 1368 näher, als die des § 1407 Ziff. 3. Ein wesentlicher Unterschied ergibt sich aber daraus, daß es sich bei der Gütergemeinschaft um eine Gesamthandsgemeinschaft handelt, woraus eine starke Bindung in vermögensrechtlicher Hinsicht folgt.

Auch in der Zielsetzung zeigt sich eine größere Ähnlichkeit der beiden Bestimmungen. Der nicht verwaltende Ehegatte macht die Rechte beider Ehegatten im wesentlichen im Interesse der Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie geltend.

§ 1368 will daneben noch einen etwa entstehenden Zugewinnausgleichsanspruch sichern. Letztere Verschiedenheit kann aber keine besondere Bedeutung für die Heranziehung der in § 1449 a.F. entwickelten Grundsätze haben, da auch bei Aufhebung der Gütergemeinschaft Ansprüche entstehen, die zu schützen sind.

Die §§ 1449 a.F. und 1428 n.F. können für die Auslegung des § 1368 herangezogen werden, soweit sich nicht Verschiedenheiten daraus ergeben, daß es sich bei der

Gütergemeinschaft um eine Gesamthandsgemeinschaft handelt und der nicht verwaltende Ehegatte die Rechte beider Ehegatten geltend macht.

3) § 1380 a.F. BGB

§ 1380 a.F. gab dem Ehemann das Recht, die zum eingebrachten Gut der Ehefrau gehörenden Rechte gerichtlich geltend zu machen, obgleich er über diese nicht ohne Zustimmung der Frau verfügen konnte (§ 1375 a.F. BGB).

In ihrem Tatbestand gleichen sich beide Bestimmungen darin, daß in beiden Fällen vom Prozeßführungsbefugten fremde Rechte geltend gemacht werden. Dem Ehegatten stand nach altem Güterrecht jedoch ein Verwaltungsrecht über die Gegenstände des eingebrachten Gutes zu, wenn auch ein Verfügungsrecht nur mit Zustimmung der Frau (§ 1375 a.F. BGB). Dagegen hat der nicht verfügende Ehegatte nach dem neuen Güterrecht keinerlei Verwaltungs- und Verfügungsrechte. Er kann lediglich den Abschluß bestimmter Rechtsgeschäfte hindern. Außerdem hat § 1368 im Gegensatz zu § 1380 a.F. zur Voraussetzung, daß vom verfügenden Ehegatten schon Verfügungen vorgenommen sind, die der Zustimmung des anderen Ehegatten bedurft hätten.

Was die Zielsetzung anbelangt, muß § 1380 a.F. als Ausfluß des Verwaltungsrechtes des Ehemannes angesehen werden. Er hatte für die Erhaltung des eingebrachten Gutes der Frau zu sorgen.

Das Vermögen der Frau sollte subsidiär als Grundlage für den Unterhalt der Familie dienen, soweit dieser nicht vom Ehemann aufgebracht werden konnte (§§ 1360 II, 1389, 1601 BGB). § 1380 a.F. hatte demnach den Schutz der Interessen der Familie in erster Linie zum Ziel. Dagegen will § 1368 auch die eigenen Interessen des

Prozeßführenden sichern. Auch ein zukünftiger Zugewinnausgleichsanspruch soll durch § 1368 geschützt werden. In der Zielsetzung weichen damit beide Bestimmungen in gewisser Beziehung voneinander ab. § 1368 geht weiter als § 1380 a.F.

Die zu § 1380 a.F. entwickelten Grundsätze können auf § 1368 übertragen werden, soweit sich nicht ein anderes aus den engeren Voraussetzungen des § 1368 und seiner abweichenden Zielsetzung ergibt.

§ 32

Die Voraussetzungen des § 1368

I. Der Abschluß des Verfügungs geschäftes

Nach § 1368 kann auch der andere Ehegatte die sich aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergebenden Rechte gerichtlich geltend machen. § 1368 erwähnt im Gegensatz zu den §§ 1365 und 1369, die sowohl das Verfügungs geschäft als auch das Verpflichtungsgeschäft unter ihren Schutz stellen, nur das Verfügungsgeschäft. Daraus ergibt sich, daß der andere Ehegatte gegen den Vertragspartner nur gerichtlich vorgehen kann, wenn das Verfügungsgeschäft schon, und zwar ohne die erforderliche Zustimmung des anderen Ehegatten, abgeschlossen wurde. Wurde lediglich das Verpflichtungsgeschäft vorgenommen, so besteht das Prozeßführungsrecht des anderen Ehegatten noch nicht. Da das Verpflichtungsgeschäft ohne Zustimmung unwirksam ist, bildet es für den Vertragspartner auch keine Grundlage, um von dem Ehegatten die Verfügung über die betreffenden Gegenstände verlangen zu können ³⁰⁸⁾.

308) Ebenso B G B - R G R K § 1368 A. 5 und § 1369 A. 28

Eine Entziehung der für die Familie wichtigen Gegenstände kann auf Grund dieses Rechtsgeschäftes nicht wirksam erfolgen. Diese in § 1368 enthaltene Regelung ist deshalb durchaus zweckmäßig.

Trotzdem sind aber Fälle denkbar, bei denen die gerichtliche Feststellung, das vorgenommene Verpflichtungsgeschäft sei unwirksam, von großer Wichtigkeit wäre. Müßte man in jedem Fall erst den Abschluß des Verfügungsgeschäftes abwarten, und könnte man erst dann gerichtlich vorgehen, so besteht die Möglichkeit, daß der Vertragspartner inzwischen über den Gegenstand bereits anderweitig verfügt und die Geltendmachung der dem Ehegatten zustehenden Rechte sehr erschwert oder gar unmöglich gemacht würde.

Aus diesem Grunde erscheint es angezeigt, in dringenden Ausnahmefällen eine Feststellungsklage (§ 256 ZPO) schon vor der Vornahme des Verfügungsgeschäftes zuzulassen ³⁰⁹⁾.

II. Fragen des Verkehrsschutzes

Nach den §§ 1366 II und 1367 sind die Rechtsgeschäfte unwirksam, wenn sie ohne Zustimmung des anderen Ehegatten vorgenommen werden. Fraglich ist nun, ob auf die §§ 1365 und 1369 die Vorschriften über den Gutgläubenschutz anwendbar sind.

- 1) Die §§ 1365 und 1369 beschränken die Ehegatten u.a. in ihrer Verfügungsmacht. Der gute Glaube an die Verfügungsmacht wird in unserer Rechtsordnung nur ausnahmsweise geschützt, beispielsweise in den §§ 1984, 2113, 2211 BGB, 7 KO und 366 HGB. Es bedarf also in jedem einzelnen Falle einer Verfügungsbeschränkung bzw. -entziehung einer eigenen gesetzlichen Regelung, wenn der gute Glaube

309) Ebenso B G B - R G R K § 1368 A. 5 und § 1369 A. 28;
K r ü g e r - B r e e t z k e - N o w a c k § 1368 A. 1

an die Verfügungsmacht der unter diese Beschränkung fallenden Personen geschützt sein soll. Eine solche Bestimmung finden wir aber unter den §§ 1365 ff. nicht.

- 2) Auch die Vorschrift des § 135 II BGB, der bei relativen Veräußerungsverboten eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten zuläßt, kann hier nicht helfen.

Da die §§ 1365 und 1369 absolute Veräußerungsverbote enthalten, kommt eine Anwendung des § 135 II auf diese Vorschriften nicht in Frage, worüber in der Rechtsprechung und im Schrifttum auch Einigkeit besteht ³¹⁰⁾.

Lediglich Frank ³¹¹⁾ vertritt einen entgegengesetzten Standpunkt. Einer Erörterung dieser Ansicht bedarf es jedoch nicht mehr, da schon oben darauf eingegangen wurde ³¹²⁾.

-
- 0) B ä r m a n n JZ 58, 227 u. AcP 157, 160; F i n k e JR 57, 162 u. MDR 57, 162; B o e h m e r FamRZ 59, 84; H a e g e l e Rpfl. 59, 10 u. Rechtsarchiv der Wirtschaft Juli 1958 S. 7; M a s s f e l l e r Gleichberechtigungsgesetz S. 499; M e y e r - S t o l t e FamRZ 59, 229; S c h m i d t Rudolf, Familienrecht S. 43; B e i t z k e Familienrecht § 13 II 1; B G B - R G R K § 1369 A. 3

- 1) F r a n k NJW 59, 135 ff.

- 2) Vgl. § 16 I 2

- 3) Auch im Liegenschaftsrecht ergibt sich nichts anderes, da der gutgläubige Erwerber durch § 892 II 2 nur bei relativen Veräußerungsverboten, die nicht im Grundbuch eingetragen sind, geschützt wird ³¹³⁾. § 892 I 2 gilt ebenso wie § 135 II nur für relative und nicht für absolute Veräußerungsverbote. Das entspricht auch dem Wesen des absoluten Veräußerungsverbotes, das unbedingt die Wirksamkeit solcher gegen das Verbot verstoßender Rechtsgeschäfte verhindern soll. Da § 1365 ein absolutes Veräußerungsverbot enthält, ist jeglicher Gutgläubensschutz ausgeschlossen.

Dazu kommt, daß die Verfügungsbeschränkung des § 1365 auch gar nicht in das Grundbuch eingetragen werden könnte, § 1365 enthält nur insoweit eine Verfügungsbeschränkung, als das Grundstück bzw. die Grundstücke, über die verfügt werden soll, das gesamte Vermögen des Verfügenden sind. Die Größe des Vermögens kann sich aber ständig ändern, sodaß im Zeitpunkt der Verfügung der Bestand des Vermögens ein anderer ist als zur Zeit der Eintragung der Verfügungsbeschränkungen. Eintragungsfähig sind nur solche Verfügungsbeschränkungen, die sich auf einen bestimmten Gegenstand beziehen und deren Eingreifen nicht von anderen, nicht im Gegenstand selbst liegenden Umständen abhängig ist ³¹⁴⁾.

Ein Gutgläubensschutz scheidet damit auch im Liegenschaftsrecht aus.

313) B G B - R G R K § 892 A. 11a; S t a u d i n g e r - K o b e r A. IV 2 a zu § 892; B a u r , Sachenrecht § 15 IV 3 d

314) Ebenso E p p i g , aaO. S. 41 ff.; K r ü g e r - B r e e t z k e - N o w a c k § 1365 A. 8 d; B G B - R G R K § 1365 A. 18

- 4) Auch durch die Vorschrift des § 366 HGB kann der gutgläubige Vertragspartner nicht geschützt werden.

§ 366 HGB schützt den guten Glauben an die Verfügungsmacht eines Kaufmannes, der ihm nicht gehörende bewegliche Sachen veräußert oder verpfändet.

Verfügt nun ein Ehegatte in seinem Handelsgeschäft über eigene Sachen, die unter die genannten Beschränkungen fallen, so käme nur eine entsprechende Anwendung des § 366 HGB in Betracht, da dieser voraussetzt, daß die Sachen dem Kaufmann nicht gehören. Nachdem aber die Verfügung über eigene Sachen ein weniger gegenüber der über fremde Sachen darstellt, stünden der Anwendung des § 366 HGB aus diesem Grund keine Bedenken entgegen. Es darf aber nicht übersehen werden, daß die mangelnde Verfügungsmacht des Ehegatten auf einer kraft Gesetzes bestehenden Verfügungsbeschränkung, die vom Gesetzgeber mit absoluter Wirkung ausgestattet wurde, zurückgeht. Der Gesetzgeber wollte hiermit, wie wir schon bei Behandlung der subjektiven Theorie erörterten, den Schutz der Familie über den des Rechtsverkehrs stellen. Die Anwendung des § 366 HGB ist deshalb nicht mit den Grundgedanken dieser Verfügungsbeschränkungen zu vereinbaren ³¹⁵⁾

Aus diesem Grund ist auch die Ansicht von E p p i g ³¹⁶⁾ abzulehnen, die § 366 HGB auf Fälle dieser Art anwenden will. Sie geht nämlich bei ihrer ganzen Untersuchung davon aus, daß der Rechtsverkehr eines Schutzes bedürfe.

Diese Ansicht bestätigt sich auch im Vergleich mit § 6 KO, bei dem die Anwendbarkeit des § 366 HGB gleichfalls abgelehnt wird ³¹⁷⁾.

315) Ebenso L ö r e n z JZ 59, 108

316) aaO. S. 40; Ebenso R e i t h m a n n INot 61, 9

317) Vgl. S c h l e g e l b e r g e r - H e f e r m e h l A. 34 zu § 366; L e n t , Zwangsvollstreckung und Konkursrecht § 40 IV 1

Es hat sich also gezeigt, daß die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb auf die Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365 und 1369 keine Anwendung finden.

- 5) Anderes hat aber hinsichtlich des gutgläubigen Zweiterwerbs zu gelten ³¹⁸⁾. Der Zweiterwerber eines solchen Gegenstandes befindet sich in derselben Lage wie ein Erwerber, der von einer Person einen Gegenstand erwirbt, den diese schon auf Grund eines unwirksamen Rechtsgeschäftes erworben hat. Der Erwerb des Zweiterwerbers beruht hier nur mittelbar auf der unwirksamen Verfügung des Ehegatten. Die Vorschriften über den Gutglaubensschutz knüpfen aber lediglich an den Tatbestand des Erwerbs vom Nichtberechtigten an. Berücksichtigt wird hierbei nicht, aus welchen Gründen der Verfügende nicht Eigentümer der Sache ist. Der Zweiterwerber kann deshalb die betreffenden Gegenstände auf Grund der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb wirksam übernehmen, es sei denn, daß dem anderen Ehegatten die Sache abhanden gekommen ist (§ 935 BGB). Das wird meistens bei Haushaltsgegenständen der Fall sein, da auf Grund der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft die Ehegatten verpflichtet sind, einander den Mitbesitz an den ihnen gehörenden Haushaltsgegenständen einzuräumen. ³¹⁹⁾

Auch im Rahmen des § 7 KO, durch den ein Gutglaubensschutz mit Ausnahme von einigen Rechtsgeschäften ausgeschlossen ist, hat dieses Problem dieselbe Behandlung

318) Vgl. z. B. B G B - R G R K § 1366 A. 23 und § 1369 A. 4 u. 16; P e t e r m a n n Rpfl. 60, 234; E r m a n - F i n k e § 1364 A. 4; L o r e n z JZ 59, 108

319) Vgl. B G H Z 12, 380 ff.; O L G H a m m NJW 56, 1681 ff für die Gütertrennung; B G B - R G R K § 1363 A. 6; L e h m a n n, Familienrecht S. 83; L o r e n z JZ 59, 108

erfahren ³²⁰⁾, worauf bereits L o r e n z ³²¹⁾ hingewiesen hat. Auch hier wird der Zweiterwerber geschützt. Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Konkursverwalter die Sachen bereits in Besitz genommen hatte. Dann wendet man auch hier die Vorschrift des § 935 BGB an.

320) J a e g e r - L e n t § 7 A. 34

321) L o r e n z JZ 59, 105 ff.

§ 33

Die Rechtsnatur des Prozeßführungsrechtes des
anderen Ehegatten

I. Die verschiedenen Ansichten

Diese Frage wurde bis jetzt nur im Schriftum erörtert. Breetzke³²²⁾, Baur³²³⁾, Rosenbergs³²⁴⁾ und Pohle³²⁵⁾ 326) haben sich dafür ausgesprochen, daß es sich bei dem Prozeßführungsrecht des anderen Ehegatten (§ 1368) um einen Fall einer gesetzlichen Prozeßstandschaft handle. Der Ehegatte mache lediglich eigene Rechte an dem im Streit befangenen Gegenstand geltend. Boehmer³²⁷⁾, Breetzke³²⁸⁾, und Zunft³²⁹⁾ machen darauf aufmerksam, daß der andere Ehegatte, soweit er Rechte geltend macht, die aus einem gegen § 1369 verstossenden Rechtsgeschäft resultieren, vielfach aus eigenem Recht handle, weil ihm aus dem Grundsatz der ehelichen Lebensgemeinschaft heraus ein Recht zum Mitbesitz an den Haushaltsgegenständen des anderen Ehegatten zustehe³³⁰⁾. Er berufe sich in diesen Fällen auf seine Rechte aus den §§ 1007 II und 861 BGB. Die Regelung des § 1368 sei inso-
seit überflüssig.

322) Krüger - Breetzke - Nowack § 1368 A.1

323) FamRZ 58,257

324) Lehrbuch § 45 II 1 b

325) Stein - Jonas - Pohle, Ergänzung 1960 § 52 V A.1

326) Petermann Rpfl.60, 236; Ziege NJW 57, 1581
Boehmer FamRZ 59, 82

327) FamRZ 59, 81

328) Krüger - Breetzke - Nowack § 1369 A.6

329) NJW 58,131

330) Vgl. hierzu Anm. 315)

II. Begründung der eigenen Ansicht

1. Grundsätzlich steht dem Träger eines materiellen Rechtes auch gleichzeitig das Prozeßführungsrecht über diesen Gegenstand zu. Nur ausnahmsweise kann ein Dritter, der nicht Inhaber dieses Rechtes ist, Prozesse im eigenen Namen über dasselbe führen, sei es in der Form, daß dadurch die Prozeßführungsbefugnis des Rechtsträger völlig verdrängt wird, oder daß dem Dritten ein Prozeßführungsrecht neben dem des Rechtsträgers gewährt wird. Das Prozeßführungsrecht des Dritten bezeichnet man als Prozeßstandschaft.³³¹⁾

Wie c z o r e k ³³²⁾ spricht von einem eigen Klagerecht, wenn der Dritte auch eigene Rechte an der in Streit befangenen Sache hat, wie z.B. der Ehemann im Güterstand der Verwaltung und Nutzniessung gem. § 1380 a.F. BGB, der ein Besitz- und Nutzniessungsrecht an den Gegenständen des eingebrachten Gutes seiner Frau hatte (§§ 1373, 1383 a.F. BGB).

Die Rechtsnatur des Prozeßführungsrechtes des Ehegatter ergibt sich also aus dem materiellen Recht.

2. Nach § 1368 kann der andere Ehegatte die sich aus der Unwirksamkeit einer gegen die §§ 1365 und 1369 verstossenden Verfügung ergebenden Rechte gerichtlich geltend machen. Es kann sich hierbei um Rechte jeder Art handeln, beispielsweise um dingliche Rechte, Forderungsrechte, Schadensersatzansprüche, die sich aus dem Abschluß eines solchen Rechtsgeschäftes ergeben. Die einzuklagenden Rechte, besser gesagt die aus ihnen abzuleitenden Ansprüche, müssen aus der Unwirksamkeit der Verfügungsgeschäfte des verfügenden Ehegatten resultieren. Sie erwachsen also aus den Rechten desjenigen, der das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat und damit aus denen des Rechtsträgers. Eingeklagt

331) Vgl. R o s e n b e r g, Lehrbuch § 45 II 2; L e n t, Zivilprozeßrecht § 22 II

332) Kommentar zur ZPO § 50 G I a 2

werden also Ansprüche des verfügenden Ehegatten. ~~Eigene~~ Rechte, die neben denen des Rechtsträgers bestehen, hat der andere Ehegatte an dem in Streit befangenen Gegenstand grundsätzlich nicht. Er hat weder Verwaltungs- noch Nutzungs- und deshalb auch keine Besitzrechte. Er hat lediglich das Recht, die Zustimmung zu den unter die §§ 1365 und 1369 fallenden Rechtsgeschäften zu geben oder zu versagen. Nur insoweit sollen die Ehegatten in der Verwaltung ihres Vermögens eingeschränkt sein. Das zeigt der Wortlaut des § 1364.

§ 1368 selbst gibt dem Ehegatten nur das Recht, Prozesse im eigenen Namen zu führen. Es wird dem Ehegatten lediglich die Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung der Rechte seines Ehepartners erteilt.

3. Da der andere Ehegatte im Rahmen des § 1368 über fremde Rechte Prozesse im eigenen Namen führt, handelt es sich bei seinem Prozeßführungsrecht um einen Fall der gesetzlichen Prozeßstandschaft.

Nicht maßgebend für die Beurteilung des sich aus § 1368 ergebenden Prozeßführungsrechtes ist, ob der Ehegatte im einzelnen Fall einmal aus eigenem Recht klagen kann. Es ist zweifellos richtig, daß der Ehegatte in aller Regel bei Verfügungen, die gegen § 1369 verstossen, die Besitzklagen aus den §§ 861 und 1007 II BGB erheben und damit aus eigenem Recht gegen den Dritten vorgehen kann. Er beruft sich dann aber nicht auf die Unwirksamkeit der Verfügung, sondern auf sein Recht zum Besitz.

Diese Erkenntnis ändert aber nichts an der Rechtsnatur des in § 1368 enthaltenen Prozeßführungsrechtes, weil dieses zur Voraussetzung hat, daß der andere Ehegatte die sich aus der Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäftes ergebenden Rechte geltend machen will.

Abschließend soll noch festgestellt werden, daß es sich in § 1368 um eine Prozeßstandschaft handelt, die die Prozeßführungsbefugnis des verfügenden Ehegatten nicht

verdrängt, sondern neben dieser dem anderen Ehegatten ein Prozeßführungsrecht einräumt. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 1368, der davon spricht, daß "auch" dem anderen Ehegatten das Recht eingeräumt wird, die entsprechenden Rechte gerichtlich geltend zu machen.

§ 34

Der Inhalt des Prozeßführungsrechtes des anderen

Ehegatten

I. Die Formen der gerichtlichen Geltendmachung

§ 1368 spricht lediglich von gerichtlicher Geltendmachung. Hiermit ist jede Art und Weise der gerichtlichen Verfolgung gemeint, sei es in der Form der Klage, der einstweiligen Verfügung, des Arrestes oder der Vollstreckungsklage.³³³⁾ Nicht nur der Zivilrechtsweg ist beschreitbar, sondern auch der anderer Gerichte. Maßgebend ist lediglich, daß auf diese Weise die in Frage stehenden Rechte der Familie erhalten werden.

II. Der Inhalt des Klageantrages

Der Ehegatte kann die Rechte des verfügenden Ehegatten sowohl im Wege der Leistungs- als auch im Wege der Feststellungsklage, soweit die Voraussetzungen für deren Erhebung (§ 256 ZPO) vorliegen, verfolgen. Schwierigkeiten ergeben sich bei Leistungsklagen bezüglich der Formulierung des Antrages. Fraglich ist nämlich, ob der Antrag auf Leistung an den Rechtsträger, an beide Ehegatten oder an den prozeßführenden Ehegatten lauten muß bzw. kann. Diese

333) Ebenso B G B - R G R K § 1368 A.3

Frage ist auch schon innerhalb der § 1380 a.F. und § 1449 a.F. BGB erörtert worden. Es soll deshalb kurz auf die dort vertretenen Ansichten eingegangen werden.

1. Die Behandlung des Problemes in den §§ 1380 und 1449 a.F. bzw. § 1428 n.F.

a) Im Rahmen des § 1380 war man überwiegend³³⁴⁾ der Meinung, daß der Antrag lediglich auf Leistung an die Frau oder an beide Ehegatten gerichtet sein dürfe.

Engelmann³³⁵⁾ gestattete sogar nur den Antrag auf Leistung an die Frau.

Der Antrag auf Leistung an den Ehemann wurde deshalb abgelehnt, weil die Annahme der Leistung eine Verfügung enthält, der Ehemann aber zu Verfügungen nur mit Zustimmung der Frau berufen war (§ 1375 BGB). Deshalb machte man eine Ausnahme in den Fällen, in denen der Ehemann auf Grund des § 1376 zu Verfügungen über Gegenstände des eingebrachten Gutes ohne Zustimmung der Frau berechtigt war, oder wenn er mit Zustimmung der Frau einen solchen Antrag stellte. Zur Begründung dieser Ansicht wurde ferner angeführt, daß wenn der Ehegatte grundsätzlich auf Leistung an sich klagen könnte, der Beklagte noch einmal von der Frau in Anspruch genommen werden könnte.

b) Anders als in § 1380 gestattete man im Rahmen des § 1449 a.F.³³⁶⁾ und jetzt innerhalb des § 1428 n.F.³³⁷⁾ auch die Klage mit dem Antrag auf Leistung an den nichtverwaltenden Ehegatten.

334) BGB - RGRK 8.Aufl.A.1; Soergel - Vogel § 1380 A.1 8.Aufl.; RG Warn.1912 Nr.83; Seuff Arch 58 Nr.101; Leistung an die Frau oder Hinterlegung für beide Stein - Jonas 5.Aufl. § 52 A.V A 1; Baumbach - Lauterbach 19.Aufl. § 52 A.3 B

335) Staudinger - Engelmann 9.Aufl. § 1380 A.5

336) Staudinger - Keidel 9.Aufl.A.3; Palandt - Lauterbach 11.Aufl.A.1; Soergel - Vogel A.1 zu § 1449; Baumbach - Lauterbach § 52 A.4 B 19.Aufl.

337) BGB - RGRK § 1428 A.6; Palandt § 1428 A.1

2. Die verschiedenen Ansichten zu § 1368 n.F.

Auch zu § 1368 hat diese Frage bereits rege Erörterung gefunden.

Schöffler,³³⁸⁾ Breetzke³³⁹⁾ u.a.³⁴⁰⁾ wollen dem Ehegatten nur das Recht einräumen, Leistung an den verfügenden Ehegatten zu verlangen, weil er kein eigenes Recht an dem eingeklagten Gegenstand habe.

Finke³⁴¹⁾ und Koeniger³⁴²⁾ dagegen lassen einen Antrag auf Leistung an den nicht verfügenden Ehegatten zu, wenn der verfügende Ehegatte mit der Rücknahme der Sache bzw. mit der Klage des anderen Ehegatten nicht einverstanden ist. Für diesen Fall will Schöffler³⁴³⁾ ein Antragsrecht auf Leistung an beide geben.

Beitzke³⁴⁴⁾ Reinicke³⁴⁵⁾ und Zunft³⁴⁶⁾ wollen mit Rücksicht darauf, daß der verfügende Ehegatte die Vollstreckung hindern könne, indem er den Gegenstand nicht annehme, den Antrag auf Leistung an den nichtverfügenden Ehegatten immer zulassen.

3. Die Problematik der Fragestellung und der Versuch einer Lösung

- a) Der andere Ehegatte macht im Rahmen seines Prozeßführungsrechtes lediglich fremde Rechte geltend, über die er weder ein Verfügungs- noch ein sonstiges Verwaltungsrecht hat. Wenn er aber Leistung an sich verlangen will, so geriert er sich damit als einer, der Verfügungsmacht über diesen Gegenstand hat, denn die Annahme der Leistung stellt eine Verfügung dar. Bei der Annahme der Leistung als Erfüllung handelt er also als Nichtberechtigter. Zur Wirksamkeit der Annahme bedürfte er der Zustimmung des anderen Ehegatten (§ 185 BGB).

338) B G B - R G R K § 1366 A.11 und § 1368 A.8

339) Krüger - Breetzke - Nowack § 1368 A.1 A.2

340) Ziege NJW 57, 1581 341) Erman - Finke § 1368

342) Koeniger DRiZ 59, 375 343) B G B - R G R K § 1368 AB

344) Beitzke, Familienrecht § 13 II 4

345) Massfeller - Reinicke § 1368; Reinicke
BB 57, 568

346) NJW 58, 131

Das Schuldverhältnis, das durch die Vornahme des unwirksamen Rechtsgeschäftes entstanden ist, erlischt grundsätzlich nur, wenn die geschuldete Leistung an den verfügenden Ehegatten bewirkt wird (§ 362 I BGB). Eine Ausnahme besteht bei Leistung an eine dritte Person nur dann, wenn der Verfügungsberechtigte der Annahme durch den Dritten zugestimmt hat (§§ 362 II, 185 BGB).

Streng genommen kann also der andere Ehegatte nicht Leistung an sich verlangen, weil er zu deren Annahme nicht berechtigt ist, und das Schuldverhältnis aus diesem Grunde auch nicht erlöschen kann. Andererseits soll das dem anderen Ehegatten auf Grund des § 1368 zustehende Prozeßführungsrecht demselben dazu verhelfen, die durch die §§ 1365 und 1369 geschützten Rechte dem Vermögen des verfügenden Ehegatten wieder zuzuführen. Wenn nun aber der verfügende Ehegatte die Annahme der Leistung ablehnt, so könnte er auf diese Weise die dem anderen Ehegatten gewährten Rechte, das Zustimmungsrecht wie das Prozeßführungsrecht, illusorisch machen. Damit wäre ein wirksamer Schutz der durch die §§ 1365 und 1369 geschützten familiären Ansprüche ausgeschlossen.

- b) Eine Lösung dieses Problems läßt sich auch nicht in Anlehnung an die zu § 265 ZPO entwickelten Theorien, der Relevanz- und der Irrelevanztheorie finden.

Die Relevanztheorie³⁴⁷⁾ geht davon aus, daß die Rechtsnachfolge auf das rein formelle Prozeßverfahren, d.h. auf die Parteistellung im Prozeß, nicht einwirke. Dagegen sei bei der davon zu trennenden Sachentscheidung die Veräußerung der in Streit befangenen Sache auf Seiten des Klägers in vollem Umfang, die durch den Beklagten vorgenommene gar nicht zu berücksichtigen. Nach der Relevanztheorie ist

347) Vgl. E c c i u s, den Begründer dieser Theorie, Preussisches Privatrecht S. 571 ff. Im übrigen wird auf die Dissertation von B ü n t e, Relevanz- und Irrelevanztheorie S. 23 ff verwiesen.

der Kläger, der den streitbefangenen Gegenstand veräußert hat, zur Umstellung des Klageantrags auf Leistung an den Rechtsnachfolger verpflichtet.

Hier beantragt der Prozeßstandschafter Leistung an den Rechtsträger. Deshalb bestehen materiellrechtlich gesehen keine Bedenken gegen diese Antragstellung, da dieser zur Verfügung über den Gegenstand berechtigt und damit auch zur Annahme der Leistung befugt ist. Das Schuldverhältnis kann erlöschen.

Im Rahmen des § 1368 ist die Rechtslage umgekehrt. Der Prozeßstandschafter, der Leistung an sich verlangt, ist nicht zur Verfügung berechtigt.

Dieser Rechtslage würde eher die Irrelevanztheorie³⁴⁸⁾ entsprechen. Nach ihr wird die Rechtsnachfolge sowohl in prozeßrechtlicher wie auch in materiellrechtlicher Hinsicht nicht beachtet. Der Veräußerer kann jetzt weiter Leistung an sich verlangen, obwohl er materiellrechtlich nicht mehr zur Verfügung berechtigt ist. Das gilt aber nur für das Erkenntnisverfahren. Bei der Vollstreckung kommt jedoch das materielle Recht völlig zur Geltung. Deshalb kann der Schuldner sich gegen die Zwangsvollstreckung durch den Veräußerer im Wege der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) wehren. Das Urteil muß dann gem. § 727 ZPO auf den Rechtsnachfolger umgeschrieben werden.

Eine Heranziehung der Irrelevanztheorie hätte schon aus diesem Grund keinen Sinn. Es kommt ja gerade darauf an, daß der andere Ehegatte die Zwangsvollstreckung betreiben kann, damit nicht der verfügende Ehegatte die Annahme der Leistung verweigern kann.

Darüber hinaus beruht die Irrelevanztheorie auf der Fiktion,³⁴⁹⁾ daß die Veräußerung für den Prozeß als nicht geschehen

348) Vgl. G a u p p, den Begründer dieser Theorie, Kommentar zur ZPO § 265 A IV. Im übrigen vgl. B ü n t e a.a.O S.98 ff

349) Vgl. B ü n t e aaO S.98

angesehen wird. Der Veräußerer wird also noch als Rechtsträger und damit auch als Verfügungsberechtigt angesehen. Der andere Ehegatte war jedoch nie Rechtsträger. Seine Verfügungsberechtigung kann deshalb nicht als weiterbestehend fingiert werden.

Eine Heranziehung dieser zu § 265 ZPO entwickelten Theorien kann deshalb nicht erfolgen.

- c) Die Lösung kann also nur aus § 1368 selbst entnommen werden. Dieser gibt zwar dem anderen Ehegatten kein Verfügungsrecht über den eingeklagten Gegenstand schlechthin, gewährt ihm aber das Recht, die Ansprüche des verfügenden Ehegatten gerichtlich geltend zu machen. Dieses Prozeßführungsrecht hat aber nur dann einen Sinn, wenn es auch das Recht enthält, den Klageantrag so zu stellen, daß er selbst dafür Sorge tragen kann, daß der eingeklagte Gegenstand dem Vermögen des verfügenden Ehegatten wieder zugeführt wird. Das ist aber nur möglich, wenn er Leistung an sich verlangen und den Gegenstand dem verfügenden Ehegatten selbst ausliefern kann. Das Prozeßführungsrecht muß deshalb auch das Recht einschließen, die Klage mit dem Antrag auf Leistung an den prozeßführenden Ehegatten zu erheben. Wir nehmen deshalb an, daß das Prozeßführungsrecht des § 1368 gleichzeitig das Recht zur Annahme der Leistung, also insoweit ein Verfügungsrecht über den Gegenstand enthält. Mit der Annahme der Leistung durch den anderen Ehegatten erlischt damit auch das Schuldverhältnis. Da der Ehegatte aber keine eigenen Rechte an dem zur Erfüllung angenommenen Gegenstand hat, ist er verpflichtet, diesen an den Rechtsträger auszuliefern. Dann kann dem Rechtsträger auch kein Schaden an seinem Vermögen entstehen, weswegen die Gewährung dieses beschränkten Verfügungsrechtes nicht zu beanstanden ist.

Die rechtliche Konstruktion verhält sich dann ähnlich wie in den Fällen, in denen der andere Ehegatte, wie es zu § 1380 a.F. entwickelt wurde, mit Zustimmung des anderen Ehegatten den Antrag auf Leistung an sich stellt.

Im letzteren Fall handelt es sich um einen Fall einer gewillkürten Prozeßstandschaft,³⁵⁰⁾ die die Ermächtigung des Rechtsträgers beinhaltet, auf Leistung an sich zu klagen, im anderen Fall um eine gesetzliche Prozeßstandschaft, die kraft Gesetzes dieselbe Ermächtigung enthält.

Wenn zu § 1380 a.F. etwas anderes entwickelt wurde, so kann dies die hier vorgeschlagene Lösung nicht in Zweifel ziehen. Das Prozeßführungsrecht des Ehemannes im Güterstand der Verwaltung und Nutzniessung war nicht an die Voraussetzung geknüpft, daß vom Rechtsträger bereits Rechtsgeschäfte vorgenommen wurden, die der Zustimmung des Prozeßführungsbefugten bedurft hätten. Im Rahmen des § 1380 konnten deshalb Schwierigkeiten der von uns bezeichneten Art nur seltener vorkommen. Für eine Klage mit dem Antrag auf Leistung an den Ehemann bestand deshalb keine Notwendigkeit. Deshalb mußte zu § 1368 eine andere Lösung gefunden werden.

Diese Ansicht wird durch die zu den §§ 1449 a.F. und 1428 n.F. entwickelte Meinung bestätigt. Das Prozeßführungsrecht ist dort an die gleichen Voraussetzungen geknüpft wie das in § 1368. Auch hat der nicht verwaltende Ehegatte kein Verfügungsrecht über diese Gegenstände, sondern lediglich ein Zustimmungsrecht bei den entsprechenden Rechtsgeschäften. Deshalb mußte auch im Rahmen der Gütergemeinschaft für diesen Fall dem nicht verwaltenden Ehegatten das Recht gewährt werden, Leistung an sich verlangen zu können. Daß der nichtverwaltende Ehegatte auch eigene Vermögensrechte geltend macht, ist hierfür nicht entscheidend, da er auch gleichzeitig die des anderen verfolgt und nicht einmal, was seinen eigenen Anteil am Gesamtgutsvermögen anbetrifft, ein Verfügungsrecht über diesen hat (§§ 1442 a.F. und 1419 n.F.).

³⁵⁰⁾Vgl. B G H FamRZ 57,364 f = ZJP 71,102 f, der im Rahmen des § 1380 eine gewillkürte Prozeßstandschaft in solchen Fällen angenommen hat.

Die zu § 1368 vorgeschlagenen Lösungen werden mit Ausnahme der von B e i t z k e , Z u n f t und R e i - n i c k e , der wir im Ergebnis gefolgt sind, der Problematik dieser Frage nicht gerecht. Sie übersehen, daß das Prozeßführungsrecht des anderen Ehegatten erst dann seine Wirkung entfalten kann, wenn demselben auch das Recht zusteht, die Annahme der Leistung an sich zu verlangen. Dieses Recht lediglich auf die Fälle beschränken zu wollen, in denen der verfügende Ehegatte mit der Rücknahme der Sache bzw. mit der Klage des anderen Ehegatten nicht einverstanden ist, wie F i n k e und K o e n i g e r das annehmen wollen, erscheint deshalb nicht zweckmässig, weil auf diese Weise die Rechtsverfolgung der betreffenden Rechte sehr erschwert werden kann. Das gilt insbesondere in den Fällen, bei denen der verfügende Ehegatte die Verfügung böswillig ohne Zustimmung des anderen Ehegatten vorgenommen hat.

Auch der Antrag auf Leistung an beide Ehegatten, wie das von S c h ä f f l e r vorgeschlagen wird, bringt keine Sicherung für den anderen Ehegatten, da auch hier der verfügende Ehegatte die Leistung verweigern kann.

Es muß deshalb daran festgehalten werden, daß das Prozeßführungsrecht des anderen Ehegatten gleichzeitig die Ermächtigung enthält, die Annahme der Leistung an sich zu verlangen. Der andere Ehegatte kann damit nicht nur den Antrag auf Leistung an den Rechtsträger, sondern auch auf Leistung an sich selbst, wie auch den Antrag auf Leistung an beide stellen.

III. Die Art und Weise der Prozeßführung

1. Die Rechte des anderen Ehegatten bei der Führung des Rechtsstreites

Außer dem Recht zur Annahme der Leistung stehen dem anderen Ehegatten keine Verfügungsrechte über den streitbefangenen Gegenstand zu. Deshalb muß er grundsätzlich auch in der Vornahme solcher Prozeßhandlungen, die die Wirkung einer Verfügung herbeiführen können, beschränkt sein. In Betracht

kommen der Klageverzicht und der Prozeßvergleich.

Die Berechtigung hierzu wird von S c h e f f l e r³⁵¹⁾ verneint. Andere befassen sich mit diesem Problem nicht.

- a) Wenn der andere Ehegatte auf die Klage verzichtet, sieht er damit lediglich von der Rechtsverfolgung ab. Der verfügende Ehegatte hatte das Rechtsgeschäft ohne Zustimmung des anderen Ehegatten abgeschlossen, wollte also eine Beteiligung desselben bei diesem vermeiden. Deshalb muß es ihm auch recht sein, wenn dieser von der Rechtsverfolgung Abstand nimmt. Der andere Ehegatte ist deswegen zum Klageverzicht berechtigt.
- b) Ein anderes muß jedoch beim Prozeßvergleich gelten. Hier greift der andere Ehegatte in das Verfügungsrecht seines Ehepartners ein, und führt mit Hilfe des Prozeßvergleiches eine Rechtsänderung herbei, ohne daß er selbst zur Verfügung über den streitbefangenen Gegenstand befugt ist. Der Abschluß des Prozeßvergleiches ist deshalb nur mit Zustimmung des Rechtsträgers zulässig.

2. Die Rechte des Vertragspartners des verfügenden Ehegatten

Da der andere Ehegatte als Prozeßstandschafter die Rechte des verfügenden Ehegatten geltend macht, können ihm vom Beklagten die Einwendungen entgegengehalten werden, die diesem im Verhältnis zum Rechtsträger zustehen.

Erörtert wird hier vor allem die Frage, ob der Dritte gegenüber dem Anspruch des Klägers ein Zurückbehaltungsrecht an den eingeklagten Gegenständen wegen des gezahlten Kaufpreises geltend machen kann.

351) B G B - R G R K § 1368 A.11

Dies wird überwiegend³⁵²⁾ abgelehnt. Lediglich B o e h m e³⁵³⁾ will dem Dritten ein Zurückbehaltungsrecht zubilligen, wenn der veräußernde Ehegatte bewußt gegen das Verbot des § 1369 verstossen hat.

K o e n i g e r³⁵⁴⁾ dagegen überlegt, ob ein solches zuzulassen ist, wenn der Dritte gutgläubig war. Es müsse hierbei auf den Einzelfall abgestellt werden.

Der überwiegenden Meinung ist der Vorzug zu geben. Es handelt sich zwar um zwei Forderungen, die aus der Vor-
nahme ein und desselben unwirksamen Rechtsgeschäftes ent-
standen sind und deshalb in wirtschaftlichem Zusammenhang
stehen (§ 273 BGB). Die Berufung auf dieses Zurückbehalt-
ungsrecht widerspricht aber den Grundgedanken der Ver-
waltungsbeschränkungen der §§ 1365 und 1369. Die Sicherung
der familiären Ansprüche könnte nämlich auf diese Weise
vereitelt werden. Wollte man die Geltendmachung eines
Zurückbehaltungsrechtes zulassen, so würde man bei ent-
geltlichen Rechtsgeschäften zu einem vom Gesetz ausge-
schlossenen abgeschwächten Verkehrsschutz kommen. Aus die-
sem Grunde ist die Ansicht von K o e n i g e r abzu-
lehnen.

352) F i n k e MDR 57, 515; H a e g e l e Rpfl. 59, 10 und
Rechtsarchiv der Wirtschaft Juli 1958, 10; L e h m a n n,
Familienrecht S. 84; R e i n i c k e BB 57, 568 und NJW 57,
890; S c h m i d t Rudolf, Familienrecht S. 43;
A c h i l l e s - G r e i f f - B e i t z k e § 1368 A. 7;
E r m a n - F i n k e § 1366 A. 2; M a s s f e l l e r -
R e i n i c k e § 1368 A. 4; K r ü g e r - B r e e t z k e -
N o w a c k § 1368 A. 2; K a m n i t z e r - B o h n e n -
b e r g § 1369; P a l a n d t - L a u t e r b a c h
§ 1368 A. 3; B G B - R G R K § 1368 A. 15; R e i n i c k e -
S c h w a r z h a u p t, Gleichberechtigung S. 19

353) FamRZ 59, 4 u. 81

354) DRiZ 59, 375

B o e h m e r übersieht, daß, wollte man seiner Meinung Folge leisten, gerade der durch die Verwaltungsbeschränkung bezweckte Schutz des anderen Ehegatten wegen böswilliger Verfügungen seines Ehegatten auf diese Weise ausgeschlossen würde.

Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes durch den Dritten muß deshalb abgelehnt werden.

IV. Die Frage der Rechtskrafterstreckung

1. Bis jetzt haben wir uns nur mit dem Umfang des Prozeßführungsrechtes des anderen Ehegatten beschäftigt. Offen bleibt noch, ob seine Prozeßführung auf die des verfügenden Ehegatten irgendeinen Einfluß hat. Wir stellen damit die Frage, ob die Rechtskraft der gegenüber dem anderen Ehegatten ergangenen Urteile sich auch auf den verfügenden Ehegatten erstreckt.

Grundsätzlich wirken rechtskräftige Urteile nur für und gegen die Prozeßparteien³⁵⁵⁾ (§ 325 ZPO). Dritte Personen werden von der Rechtskraft nur ausnahmsweise erfasst. Bei der Prozeßführung des anderen Ehegatten würde es sich um eine Rechtskrafterstreckung der gegen einen Prozeßstandschafter ergangenen Urteile auf den Rechtsträger handeln.

Gegen eine Rechtskrafterstreckung auf den Rechtsträger spricht, daß nach unserem Prozeßrecht der Prozeßführende eine dem materiellen Recht widersprechende Entscheidung und damit auch die einer Verfügung ähnliche Wirkung herbeiführen kann, ohne daß ihm gleichzeitig das Verfügungsrecht über den im Streit befangenen Gegenstand zuzustehen braucht. Das ist die Folge der in unserem Recht herrschenden Dispositions- und Verhandlungsmaxime. Daraus ergibt sich, daß der Rechtsträger, der auf die Prozeßführung keinen Einfluß nimmt, an die des Prozeßstandschafters

55) Wir gehen damit vom formellen Parteibegriff aus. A.M. H e n c k e l ZZP 70, 448 ff-464, der hinsichtlich der hier interessierenden Frage zu gleichen Ergebnissen kommt.

nicht gebunden sein darf.³⁵⁶⁾ Damit würde man ihm praktisch sein Verfügungsrecht über den streitbefangenen Gegenstand nehmen und dieses auf den Prozeßstandschafter übertragen.

Wenn aber der Rechtsträger der Prozeßführung des Prozeßstandschafters zugestimmt hat, hat er damit zu erkennen gegeben, daß er die Auswirkungen seiner Prozeßführung bereit ist, in Kauf zu nehmen. Deshalb ist in solchen Fällen eine Rechtskrafterstreckung gerechtfertigt, was auch allgemein anerkannt ist.³⁵⁷⁾

Das Gleiche hat man entwickelt, wenn die Rechte des Prozeßstandschafters noch weiter gehen und er sogar ein Verfügungsrecht über den streitbefangenen Gegenstand hat.³⁵⁸⁾ Hat er ein solches, muß er auch den Rechtsträger im Streitfall binden können.

Die Rechtskrafterstreckung hängt also davon ab, ob der Rechtsträger der Prozeßführung des Prozeßstandschafters zugestimmt hat oder ob demselben Verfügungsrechte über den im Streit befangenen Gegenstand zustehen.

2. Der andere Ehegatte hat im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft grundsätzlich keine Verfügungsrechte über die Vermögensgegenstände seines Ehepartners.

Daraus ergibt sich, daß eine Rechtskrafterstreckung

356) Vgl. hierzu H e n c k e l ZZP 70, 462 f; R o s e n - b e r g , Lehrbuch § 151 II 1

357) H e n c k e l ZZP 70, 464; R o s e n b e r g , Lehrbuch § 45 III 4; RG in R G Z 73, 309; 129, 159; B G H in FamRZ 57, 364 f = ZZP 71, 102 ff

358) H e n c k e l ZZP 70, 462; R o s e n b e r g , Lehrbuch § 45 III 4, Diese Auffassung bestätigt sich aus § 1380 a.F., nachdem die gegen den Ehemann ergangenen Urteile Rechtskraft gegenüber der Ehefrau wirken, wenn jener ohne Zustimmung der Frau zur Verfügung über Rechte am eingetragenen Gut befugt war. (1376 a.F.)

grundsätzlich nicht in Frage kommen kann.³⁵⁹⁾ Lediglich, wenn der verfügende Ehegatte der Prozeßführung des anderen zugestimmt hat, wirken die Urteile Rechtskraft gegenüber jenem.

Auch die Heranziehung der Ansicht P l a n c k ' s zu § 1449 a.F. BGB³⁶⁰⁾ führt zu keinem anderen Ergebnis. Nach seiner Meinung wirkten bei der allgemeinen Gütergemeinschaft die Urteile, die gegenüber der Ehefrau ergangen waren, auch Rechtskraft gegenüber dem Ehemann, soweit die Ehefrau zur Prozeßführung ohne Zustimmung des Mannes kraft Gesetzes befugt war (§§ 1449, 1450, 1452, 1454 a.F. BGB). Er wollte die Rechtsgedanken, die für das Prozeßführungsrecht der Ehefrau im Güterstand der Verwaltung und Nutzniessung des Ehemannes zu § 1407 Ziff. 3 a.F. entwickelt wurden,³⁶¹⁾ auf § 1449 a.F. übertragen.

Gem. § 1407 Ziff. 3 BGB konnte die Ehefrau die zum eingebrachten Gut gehörenden Rechte, über die der Ehemann ohne die erforderliche Zustimmung verfügt hatte, ohne Zustimmung des Ehemannes gerichtlich geltend machen. Aus § 1400 BGB ergab sich, daß wenn die Frau mit Zustimmung des Ehemannes über Rechte des eingebrachten Gutes Prozesse führte, die Rechtskraft der gegen sie ergangenen Urteile sich auch auf den Ehemann erstreckte.

359) Ebenso B G B - R G R K § 1368 A 12; P a l a n d t - L a u t e r b a c h § 1368 A.3; S t e i n - J o n a s - P o h l e § 17/18. Aufl. mit Ergänzung 1960 § 52 A V A 1; B a u r FamRZ 58, 257 A.M. M a s s f e l l e r - R e i n i c k e § 1368 A 2; R e i n i c k e BB 57, 568. die sich auf die Ähnlichkeit des § 1368 mit § 1449 a.F. berufen.

360) P l a n c k § 1443 A.3; ebenso P a l a n d t - L a u t e r b a c h 11. Aufl. § 1449 A.1

361) B G B - R G R K, 9. Aufl. § 1400 A 5; S t a u d i n g e r - E n g e l m a n n 9. Aufl. § 1400 A 2 d

Aus dieser Regelung entnahm man, daß auch dann, wenn die Ehefrau befugt war, ohne Zustimmung des Ehemannes Prozesse zu führen, eine Rechtskrafterstreckung eintreten müsse.

Diese Konstruktion übernahm P l a n c k auch für das Prozeßführungsrecht der Ehefrau bei der allgemeinen Gütergemeinschaft gem. § 1449 a.F. und stellte sich auf den Standpunkt, daß wenn die Ehefrau befugt war, ohne Zustimmung des Mannes Prozesse zu führen, eine Rechtskrafterstreckung eintreten müsse.

Da dieser Rechtsgedanke den §§ 1400 und 1407 Ziff. 3 BGB entnommen ist, ist bei der Beurteilung, ob diese Regelung auf § 1368 übertragbar ist, ein Vergleich zu diesen Bestimmungen zu ziehen.

Im Gegensatz zu § 1368 handelte es sich in § 1407 Ziff.3 nicht um einen Fall einer gesetzlichen Prozeßstand-schaft, da die Ehefrau über eigene Rechte prozessierte. Sie konnte auch über die Rechte verfügen (§ 1395 a.F.BGB), wengleich sie auch hierzu der Zustimmung des Ehemannes bedurfte. Sie war auch befugt, Prozesse über diese Rechte zu führen, bedurfte allerdings dazu ebenfalls der Zustimmung des Ehemannes (§ 1400 II a.F. BGB). Wenn aber der Ehemann ohne ihre Zustimmung über ihre Rechte verfügt hatte, hatte er damit seine Rechte ihr gegenüber überschritten (§ 1375 a.F. BGB). Hätte sie in solchen Fällen noch der Zustimmung des Mannes bedurft, so hätte er damit praktisch ein Verfügungsrecht ohne ihre Zustimmung erzwingen können. Wenn er auch dann nicht an die Rechtskraft der gegen sie ergangenen Urteile gebunden gewesen wäre, hätte sie überhaupt keinen Schutz gegen Verfügungen des Ehemannes gehabt.

Diese Regelung war für § 1407 Ziff. 3 durchaus gerechtfertigt, weil der Ehemann, der nicht Rechtsträger war, unbefugt über fremde Rechte verfügt hatte. Die Rechts-

Rechtskräfterstreckung ist hier also eine Folge der Rechtsträgerschaft. Ihre Notwendigkeit beruht darauf, daß ein Dritter, der nicht Rechtsträger ist, Prozesse über diese Rechte führen konnte.

Völlig anders ist die Rechtslage bei der Zugewinnsgemeinschaft. Hier würde umgekehrt der Rechtsträger durch das für einen Ausnahmefall bestehende Prozeßführungsrecht eines Nichtrechtsträgers, der nicht einmal in beschränktem Umfang über die betreffenden Rechte verfügen kann, gebunden sein. Die Rechtskräfterstreckung leitet sich aber aus der Befugnis, über den Gegenstand Verfügungen treffen zu dürfen, ab.

Das Gesetz selbst gibt auch keine Handhabe zur Annahme einer Rechtskräfterstreckung. Das Prozeßführungsrecht des verfügenden Ehegatten besteht neben dem des anderen Ehegatten weiter. Es ist auch nicht wie beim alten Güterstand an die Zustimmung des Nichtrechtsträgers gebunden. Gerade daraus ergibt sich, daß eine Einschränkung des Prozeßführungsrechtes des verfügenden Ehegatten vom Gesetzgeber nicht gewollt war.

Eine Rechtskräfterstreckung der gegen den anderen Ehegatten ergangenen Urteile auf den Rechtsträger findet damit nicht statt. Daß hierdurch eine Gefährdung der durch § 1368 zu schützenden Interessen eintreten kann, ist nicht zu leugnen. De lege lata ist jedoch an diesem Ergebnis nichts zu ändern. De lege ferenda wäre eine gesetzliche Regelung der Rechtskräfterstreckung solcher Urteile auf den Rechtsträger zu befürworten. Erst dann können die Interessen des anderen Ehegatten bzw. der Familie wirksam geschützt werden.

§ 35

Die Rechte des anderen Ehegatten bei schon bestehen-
der Prozeßführung des verfügenden Ehegatten

Neben dem anderen Ehegatten ist auch der verfügende Ehegatte zur Prozeßführung über die sich aus der Unwirksamkeit ergebenden Rechte befugt. Fraglich ist deshalb, welche Stellung dem anderen Ehegatten zufällt, wenn der verfügende Ehegatte von seinem Prozeßführungsrecht Gebrauch macht oder schon Gebrauch gemacht hat.

I. Die Frage der Rechtskrafterstreckung

1. Ob die gegen den verfügenden Ehegatten ergangenen Urteile Rechtskraft gegenüber dem anderen Ehegatten wirken, ist bestritten.

Beitzke,³⁶²⁾ Reinicke³⁶³⁾ und Schulz-Kersting³⁶⁴⁾ wollen eine Rechtskrafterstreckung annehmen, während dies von Lauterbach,³⁶⁵⁾ Schwebler³⁶⁶⁾ und anderen³⁶⁷⁾ abgelehnt wird.

Die Letzteren gehen davon aus, daß die Rechtskrafterstreckung eine eigene gesetzliche Regelung verlangt.

Außerdem entspreche eine solche nicht dem Sinn des § 1368.

362) Achilles - Greiff - Beitzke § 1368 A.7

363) Massfeller - Reinicke § 1368 A.3 und Reinicke, BB 57, 568

364) JR 59, 137

365) Palandt - Lauterbach § 1368 A.3

366) BGB - RGRK § 1368 A.12

367) Erman - Finke § 1368 A.2; Koeniger DRiZ 59 378; Petermann, Rpfl. 60, 236 f

der dem anderen Ehegatten das Recht geben soll, die vom verfügenden Ehegatten vorgenommenen Rechtsgeschäfte wieder rückgängig zu machen.

In diesem Fall würde es sich um eine Rechtskrafterstreckung vom Rechtsträger auf den Prozeßstandschafter handeln. Die Rechtskrafterstreckung hängt mit der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis zusammen. Daraus könnte man zunächst entnehmen, daß die für und gegen den Rechtsträger ergangenen Urteile auch gegenüber dem rechtsfremden Prozeßführungsbefugten Rechtskraft wirken müßten. H e n c k e l³⁶⁸⁾ zeigt dies auch an Hand des § 1407 Ziff. 1 a.F. BGB, nach dem die Ehefrau befugt war, die vor der Verheiratung begonnenen Prozesse ohne Zustimmung des Ehemannes weiterzuführen, woraus sich in Verbindung mit § 1400 I BGB ergab, daß diese Urteile auch für und gegen den Ehemann wirkten. Hieraus folgert H e n c k e l, daß eine Rechtskraftwirkung der für und gegen den Rechtsträger ergangenen Urteile immer dann eintreten müsse, wenn der Rechtsträger in der Verfügung nicht beschränkt war bzw. er zur Prozeßführung nicht der Zustimmung des rechtsfremden Prozeßführungsbefugten bedurfte.

Mehr kann aus § 1407 Ziff. 1 a.F. BGB auch nicht entnommen werden, da die Ehefrau zu Beginn des Prozesses noch ohne Zustimmung verfügen konnte. Würde man eine Rechtskrafterstreckung der für und gegen den Rechtsträger ergangenen Urteile auf den Prozeßstandschafter zulassen, obwohl es sich um Rechte handelt, über die jener nicht ohne Zustimmung des Prozeßstandschafters verfügen kann, würde dadurch das Zustimmungs- und ebenso das Prozeßführungsrecht des Prozeßstandschafters illusorisch gemacht.

Der andere Ehegatte im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft befindet sich in dieser Situation. Der Prozeß des verfügenden Ehegatten hat zwar die sich aus der Unwirksamkeit

der betreffenden Rechtsgeschäfte ergebenden Rechte zum Gegenstand. Da der prozeßführende Ehegatte aber im Wege einer schlechten Prozeßführung ein der materiellen Rechtslage widersprechendes Ergebnis herbeiführen kann, würde, wollte man Rechtskrafterstreckung hier annehmen, die Rechtsstellung des anderen Ehegatten wesentlich beeinträchtigt. Aus diesem Grund muß eine Rechtskrafterstreckung abgelehnt werden.

Es ist zuzugeben, daß der Vertragspartner hierdurch der Gefahr ausgesetzt ist, daß er, trotzdem er gegen den Rechtsträger ein für ihn günstiges Urteil erstritten hat, in dem vom anderen Ehegatten gegen ihn angestrenzten Prozeß doch noch verurteilt werden kann. Bei der Erörterung der Fragen um den Verkehrsschutz hat sich gezeigt, daß das Gesetz den Schutz der Familie über den des Verkehrs stellen wollte. Dieser Grundsatz hat seine weitere Auswirkung auch auf die Frage der Rechtskrafterstreckung. Das ist der eigentliche Grund für die Ablehnung einer solchen.

- 2.a) Um den Vertragspartner vor einer erneuten Prozeßführung des anderen Ehegatten zu bewahren, raten *Scheffle*³⁶⁹⁾, *Koeniger*³⁷⁰⁾ und *Finke*³⁷¹⁾ jenem an, dem anderen Ehegatten den Streit zu verkünden. Dann wirke das Urteil unabhängig davon, ob er dem Streit beitrete oder nicht, auch "Rechtskraft" gegen diesen (§§ 74 III, 68 ZPO). Dagegen wenden *Baur*³⁷²⁾ und *Petermann*³⁷³⁾ mit Recht ein, daß eine Streitverkündung nur für den Fall eines für den Streitverkünder ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreites in Frage komme. Der Dritte habe aber nur einen Prozeß des anderen Ehegatten bei einem für ihn günstigen Ausgang des Erstprozesses zu befürchten.

369) B G B - R G R K § 1368 A.12

370) DRiZ 59, 378

371) E r m a n - F i n k e § 1368 A.2

372) FamRZ 58, 257

373) Rpfl.60, 236 f

- b) Aus diesem Grunde komme nach Meinung von B a u r³⁷⁴⁾ P e t e r m a n n³⁷⁵⁾ und L a u t e r b a c h³⁷⁶⁾ lediglich eine Feststellungsklage gegen den anderen Ehegatten in Betracht. Diese sei auch neben der Leistungsklage möglich, da für den Dritten ein rechtliches Interesse an der Feststellung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses bestehe (§ 256 ZPO).

Die Vertreter dieser Ansicht übersehen, daß § 1368 dem anderen Ehegatten nur das Recht verleiht, A k t i v - prozesse zu führen. § 1368 spricht davon, daß der andere Ehegatte die betreffenden Rechte gerichtlich geltend machen kann, gibt ihm aber kein generelles Prozeßführungsrecht. Eine Feststellungsklage gegen den anderen Ehegatten kann deshalb nicht erhoben werden.

- c) Schliesslich hat B o s c h³⁷⁷⁾ erwogen, ob der andere Ehegatte auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt werden kann.

B a u r³⁷⁸⁾ lehnt dies ab, weil es hierfür an einer gesetzlichen Grundlage fehle. Das ist sicher richtig. Eine Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung kann aber überhaupt nur dann in Betracht kommen, wenn derjenige, der die Zwangsvollstreckung dulden soll, Rechte an dem Gegenstand hat, die ihn berechtigen, der Zwangsvollstreckung zu widersprechen. Aus diesem Grund handelt es sich bei den im Gesetz geregelten Fällen durchwegs um Personen, denen ein Verwaltungs- und Besitzrecht an den Gegenständen

374) FamRZ 58, 257

375) RpfI 60, 236 f

376) P a l a n d t - L a u t e r b a c h § 1368 A.3

377) FamRZ 58, 86

378) FamRZ 58, 257

zusteht (§§ 737, 743, 745 II, 748 II, 739 a.F. ZPO und 2213 III BGB). Dem anderen Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft stehen weder Verwaltungs- noch grundsätzlich Besitzrechte zu. Die Zwangsvollstreckung kann deshalb ohne weiteres in die betreffenden Gegenstände betrieben werden. Er hat lediglich das Recht, den Abschluß der die Interessen der Familie gefährdenden Rechtsgeschäfte zu verhindern und die Rechte, die sich aus der Unwirksamkeit solcher ohne seine Zustimmung abgeschlossener Rechtsgeschäfte ergeben, gerichtlich geltend zu machen. Auf Grund des § 1368 kann er auch die Drittwiderspruchsklage erheben. Er macht aber dann fremde Rechte geltend. Die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung will aber die Geltendmachung eigener Rechte verhindern. Für eine Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den anderen Ehegatten ist deshalb kein Raum.

II. Die Einrede der Rechtshängigkeit

Da die gegen den verfügenden Ehegatten ergangenen Urteile keine Rechtskraft gegenüber dem anderen Ehegatten wirken, stehen der Prozeßführung des anderen Ehegatten keine Bedenken entgegen, wenn schon ein Rechtsstreit zwischen dem verfügenden Ehegatten und seinem Vertragspartner anhängig ist.

Die Einrede der Rechtshängigkeit (§ 263 II Ziff.1 ZPO) kann zwar auch dritten Personen, die im anhängigen Prozeß nicht Partei sind, entgegengehalten werden, wenn sie das gleiche Recht wie im Erstprozeß geltend machen wollen. Dies gilt aber nur insoweit, als die Rechtskraft der Entscheidung des Erstprozesses sich auf den Kläger des zweiten Prozesses erstreckt.³⁷⁹⁾

Der Gegner kann sich deshalb gegenüber der Klage des anderen Ehegatten nicht auf die Einrede der Rechtshängigkeit berufen.

³⁷⁹⁾ R o s e n b e r g, Lehrbuch § 98 II 2

III. Die Art und Weise der Teilnahme des anderen Ehegatten am Prozeß des verfügenden Ehegatten

In welcher Form der andere Ehegatte am Prozeß des verfügenden Ehegatten teilnehmen kann, richtet sich nach den allgemeinen Regeln.

1. Die Streitgenossenschaft

Tritt der andere Ehegatte selbst als Kläger auf, so ist er Streitgenosse im Sinne des § 59 1. Fall ZPO. Er macht das gleiche Recht wie der verfügende Ehegatte geltend. Daraus ergibt sich die Rechtsgemeinschaft der Kläger.

Nachdem von beiden Klägern ein und dasselbe Recht geltend gemacht wird, liegt die Frage nahe, ob es sich bei ihnen um notwendige Streitgenossen handelt.

In Frage kommt nur der Fall des § 62 1. Fall ZPO, da zur Geltendmachung des Rechtes nach dem materiellen Recht keine gemeinsame Klage der Streitgenossen erforderlich ist. Es bleibt deshalb nur zu erörtern, ob das streitige Rechtsverhältnis den Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann.

N i e s e³⁸⁰⁾ und W a l s m a n n³⁸¹⁾ wollen bei völliger Identität des Streitgegenstandes eine notwendige Streitgenossenschaft annehmen. Bei aufeinanderfolgenden Prozessen sind aber bei Identität des Streitgegenstandes durchaus verschiedene Entscheidungen möglich. Eine einheitliche Entscheidung ist nur dann erforderlich, wenn bei Einzelklagen eine Rechtskrafterstreckung auf die Streitgenossen eintreten könnte. Aus diesem Grunde lehnen L e n t³⁸²⁾ und S c h w a b³⁸³⁾ eine notwendige Streitgenossenschaft bei völliger Identität des Streitgegen-

380) S c h ö n k e - S c h r ö d e r - N i e s e, Lehrbuch § 26 V l a

381) S e u f f e r t - W a l s m a n n § 62 A.2a Ad a

382) I h J 90, 61

383) Festschrift für Lent, S.281 ff

standes ab, wenn nicht außerdem eine Erstreckung der Rechtskraft hinzukommt.

Auch R o s e n b e r g³⁸⁴⁾ hat in der 8. Auflage seines Lehrbuches seinen früheren Standpunkt, daß es sich bei völliger Identität des Streitgegenstandes um einen Fall der notwendigen Streitgenossenschaft handle, aufgegeben.³⁸⁵⁾

Fraglich ist nun, ob bei gemeinsamer Klage beider Ehegatten nicht doch ein Fall der Rechtskrafterstreckung vorliegen könnte.

S c h w a b³⁸⁶⁾ nahm im Rahmen des § 1380 a.F. bei gemeinsamer Klage der Ehegatten eine notwendige Streitgenossenschaft an, weil in diesem Fall eine Zustimmung der Ehefrau zu der Prozeßführung des Mannes angenommen werden konnte. Wenn aber der Mann mit Zustimmung der Frau prozessiere, wirke das Urteil des Mannes Rechtskraft gegenüber der Frau. Die notwendige Streitgenossenschaft beruhe dann auf der Rechtskrafterstreckung.

Ähnliches muß sich auch für die gemeinsame Klage der Ehegatten im Rahmen der Zugewinnngemeinschaft ergeben. Wenn nämlich der verfügende Ehegatte die Klage bereits erhoben hat, so ist in der Regel anzunehmen, daß er die sich aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergebenden Rechte wirklich geltend machen will. Erhebt dann der andere Ehegatte gleichfalls die Klage gegen den Vertragspartner, so kann auch hier mit einer Zustimmung des verfügenden Ehegatten zur Prozeßführung des anderen Ehegatten gerechnet werden. Dann würde auch hier eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegen.

384) § 95 II

385) Vgl. auch B G H Z 30, 199, der nur zwei Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft unterscheidet.

386) Festschrift für Lent, S. 290

Denkbar ist aber auch, daß der andere Ehegatte, ohne daß der verfügende Ehegatte damit einverstanden ist, die Klage gegen den Vertragspartner erhebt, weil er der Prozeßführung des verfügenden Ehegatten nicht traut. Dann läge kein Fall der Rechtskrafterstreckung vor. Eine notwendige Streitgenossenschaft scheidet damit in diesem Fall aus.

Ob nun eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt, kann deshalb nur von Fall zu Fall entschieden werden. Maßgebend ist hierfür, ob in der gemeinsamen Klage eine Zustimmung des Rechtsträgers zur Prozeßführung des anderen Ehegatten gesehen werden kann. Wenn ja, tritt eine Rechtskrafterstreckung ein, was das Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft zur Folge hat.

2. Die Nebenintervention

Der andere Ehegatte kann aber auch einen anderen Weg gehen und dem Rechtsstreit des verfügenden Ehegatten als Nebenintervenient beitreten (§ 66 ZPO).

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Nebenintervention ist, daß dieser ein rechtliches Interesse an dem günstigen Ausgang des anhängigen Rechtsstreites hat. Ein solches besteht dann, "wenn die Entscheidung des Prozesses auf seine eigene Rechtsstellung, auf seine Rechte und Verpflichtungen einwirkt, so daß der Sieg der unterstützten Partei seine Rechtslage verbessert, oder ihr Unterliegen dasselbe nachteilig beeinflussen würde." 387)

Die Prozeßführung des verfügenden Ehegatten kann ~~iso~~fern einen Einfluß auf die Rechtsstellung des anderen Ehegatten ausüben, als jenem durch ungeschickte Prozeßführung die für die Befriedigung der Ansprüche seines Ehepartners wesentlichen Vermögenswerte verloren gehen können. Im allgemeinen handelt es sich zwar bei dem anderen

387) L e n t , Z i v i l p r o z e ß r e c h t § 83 II 3

Ehegatten um Ansprüche, die erst in der Zukunft und u. U. überhaupt nicht zur Entstehung gelangen. Die Verneinung des rechtlichen Interesses des anderen Ehegatten an der Prozeßführung der Hauptpartei aus diesem Grund ist aber trotzdem nicht gerechtfertigt. Der Gesetzgeber hat diese Interessen schon durch ein Prozeßführungsrecht des anderen Ehegatten geschützt. Umsomehr muß dann der andere Ehegatte zur Streithilfe berechtigt sein ³⁸⁸⁾.

§ 1368 gewährt das Prozeßführungsrecht allerdings nur für Aktivprozesse. Trotzdem muß eine Nebenintervention auch in Passivprozessen möglich sein. Der Nebeninterventient ist ja nicht Partei. Durch den Beitritt des anderen Ehegatten können spätere Aktivprozesse vermieden werden, weswegen die Nebenintervention zulässig sein muß.

Die Nebenintervention ist deshalb sowohl in Aktiv- wie auch in Passivprozessen zulässig.

388) Vgl. auch A c h i l l e s - G r e i f f - B e i t z k e
§ 1368 A. 7; B a u r FamRZ 58, 257

Schluß

§ 36

Überprüfung der gewonnenen Ergebnisse im Hinblick auf den Grundsatz der Verwaltungsfreiheit der Ehegatten

Durch die §§ 1365 ff wird die Verwaltungsfreiheit der Ehegatten zugunsten familiärer Interessen eingeschränkt. Die Verwaltungsfreiheit ist der Grundsatz. Sie darf nicht mehr eingeschränkt werden, als der Schutz der familiären Interessen dies erfordert.

Im Rahmen des § 1365 hat sich ergeben, daß nur Rechtsgeschäfte an die Zustimmung des anderen Ehegatten gebunden sind, die zu einer Entziehung des gesamten bzw. wesentlichen Vermögens oder zu einer dieser gleichzusetzenden Wirkung führen können. Damit ist der Kreis der unter § 1365 fallenden Rechtsgeschäfte nur auf wirklich gefährdende beschränkt.

Durch § 1369 sollen nur solche Gegenstände, die der einzelnen konkreten Familie zu dienen bestimmt sind, geschützt werden.

Das Zustimmungs- und Prozeßführungsrecht des anderen Ehegatten läßt die Verfügungsfreiheit des Rechtsträgers grundsätzlich bestehen.

Damit wird die Verwaltungsfreiheit der Ehegatten nur insoweit eingeschränkt, als ein wirksamer Schutz der familiären Interessen dies erfordert.

L e b e n s l a u f

Ich, Christine Elisabeth Glum, wurde am 15. Juni 1928 als Jüngste von fünf Kindern des Generaldirektors der Kaiser-Wilhelm- Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften und a. o. Professors der Rechte Dr. Friedrich Glum und seiner Ehefrau Elisabeth Glum, geb. Hildebrand in Berlin geboren. Ich bin deutsche Staatsangehörige.

Von 1934 bis 1938 ging ich auf die Volksschule zu Berlin. Anschließend besuchte ich die Oberschule in Berlin (1938 bis 1943) und Coburg (1943 bis April 1946) und legte am 13. Juli 1946 an der Grunewald-Oberschule zu Berlin die Reifeprüfung ab.

Im Oktober 1946 zog ich mit meinen Eltern nach München und begann meine Studien an der Hochschule für Musik, die ich mit der Reifeprüfung am 10. Juli 1952 abschloß. Anschließend ließ ich mich als Fürsorgerin ausbilden und legte am 8. Juli 1955 an der sozialen und caritativen Frauenschule zu München das staatliche Wohlfahrtspflegerinnen-Examen ab. Vom Sommersemester 1955 ab studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten München, Freiburg und Erlangen und bestand am 11. Januar 1960 die Referendarprüfung an der Universität München.

Seit 16. März 1960 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk München.

